

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“PROCESO CIVIL: LA ADMISIÓN OFICIOSA DE MEDIOS
PROBATORIOS TRAS LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA”**

Presentado por:

BACH. MIULLER SMIT ALBERCA CHUQUICONDOR

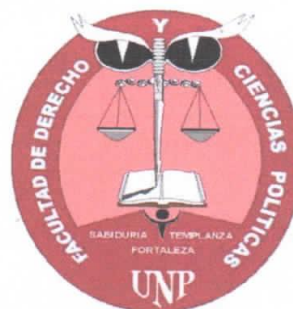
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Línea de Investigación:

LEGISLACIÓN Y CIENCIAS POLÍTICAS

**Piura – Perú
2019**

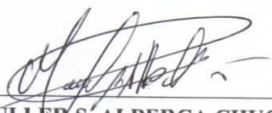
UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

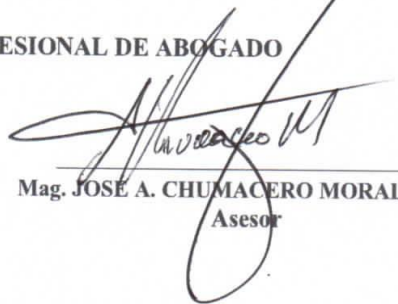


TESIS

**“PROCESO CIVIL: LA ADMISIÓN OFICIOSA DE MEDIOS
PROBATORIOS TRAS LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO


Bach. MULLER S. ALBERCA CHUQUICONDOR
Ejecutor


Mag. JOSÉ A. CHUMACERO MORALES
Asesor

Línea de Investigación:

LEGISLACIÓN Y CIENCIAS POLÍTICAS

**PIURA – PERÚ
2019**



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN
OFICINA CENTRAL DE INVESTIGACIÓN



FORMATO N°7

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE
INVESTIGACION

"Proceso civil: la admisión ^{Título} oficiosa de medios
probatorios tras la declaración de rebeldía"

Mster. Srta. Alberca Chequicondor, identificada con DNI N° 70053630, de
la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el proyecto de TRABAJO DE INVESTIGACION que
presento es original e inédito, no siendo copia parcial ni total de proyecto de tesis desarrollada,
y/o realizada en el Perú o en el Extranjero, en caso contrario de resultar falsa la información que
proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal
concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General
y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor.
En fe de lo cual firmo la presente.



Huella Digital

Piura, 29 de junio del 2019

Mster. Srta. Alberca Chequicondor
70053630

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**“PROCESO CIVIL: LA ADMISIÓN OFICIOSA DE MEDIOS PROBATORIOS
TRAS LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA”**

Tesis revisada y aprobada por el jurado:

Dr. Roberto Palacios Márquez
PRESIDENTE

Dr. Deiyer Vilcherrez Vilela
SECRETARIO

Mag. Guillermo Enrique Cevallos López
VOCAL



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
093-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada "**PROCESO CIVIL: LA ADMISIÓN OFICIOSA DE MEDIOS PROBATORIOS TRAS LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA**" presentada por el Bachiller **ALBERCA CHUQUICONDOR MIULLER SMIT** para optar el Título Profesional de Abogado, con el asesoramiento del Mag. José Alberto Chumacero Morales; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ☒ (X)

DESAPROBADA ()

Con la mención de:

Bueno

- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que el sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 14 de diciembre de 2019


DR. ROBERTO PALACIOS MARQUEZ
PRESIDENTE


DR. DEIVER VILCHERREZ VILELA
SECRETARIO


MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LOPEZ
VOCAL

DEDICATORIA

A Dios por guiar mis pasos durante mi etapa pre-profesional; y a mi Familia por ser el motor de mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mis grandes amigos LUCIO ARANA, JAIR SEVERINO, ANTHONY CHIROQUE y JOSÍAS HUAYNATES; y Asesor ALBERTO CHUMACERO por apoyarme con su aliento y tomarse un tiempo para discutir mi tema de investigación.

A mis DOCENTES DE FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DEL ALMA MATER DE PIURA “LA UNP”, por brindarme la formación académica que ha coadyuvado al logro de mis metas.

INDICE

INTRODUCCION.....	12
CAPITULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	13
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	13
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	13
1.4 OBJETIVOS	14
1.4.1. Objetivo general:	14
1.4.2. Objetivo específico:	14
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.5.1. Espacial:	14
1.5.2. Temporal:.....	14
1.5.3. Económica:.....	14
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	15
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	15
2.2. BASES TEORICAS:	17
2.2.1. El Proceso.....	17
2.2.2. La función del juicio civil.....	18
2.2.3. La Prueba.....	19
2.2.4. La prueba de oficio.....	20
2.2.5. La rebeldía y sus efectos	21
2.3. GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS:	22
2.4. MARCO REFERENCIAL	24
2.4.1. Marco legal:	24
2.4.2. EL PROCESO	26
2.4.3. EL JUICIO CIVIL.....	31
2.4.4. LA PRUEBA.....	33
2.4.5. LA PRUEBA DE OFICIO.....	37
2.4.6. LA REBELDÍA	43
2.5. HIPÓTESIS:.....	50
2.5.1. Hipótesis General:	50
2.5.2. Hipótesis Específica:	50
CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO	51
3.1. ENFOQUE:.....	51
3.2. DISEÑO:	51
3.3. NIVEL:.....	51
3.4. TIPO:.....	51

3.5. SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN:	51
3.6. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS:	51
3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:	51
3.8. ASPECTOS ÉTICOS:	52
CAPÍTULO IV. PROBANZA DE LA HIPÓTESIS	53
CONCLUSIONES	71
RECOMENDACIONES	72
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:	73
LINKOGRAFÍA	74
ANEXOS	75

RESUMEN

El Código Procesal Civil peruano – CPC de 1993 – concebido desde una ideología eminentemente publicista con algunas pocas notas del positivismo procesal, se orienta entre otros por los caminos de la dirección procesal, el activismo del juez, la celeridad procesal, la preclusión procesal, la iniciativa privada, para llegar a destino de resolver el conflicto privado de intereses.

En el transcurso del proceso, se pueden presentar situaciones en apariencia injustas y serán así concebidas si no se comprenden las reglas del procedimiento pre-establecido por ley. Una situación en particular se presenta cuando el demandado es declarado rebelde y luego de ello ofrece un medio de prueba para que sea admitido y valorado en juicio a esperas de que el juez en su facultad de iniciativa probatoria la pueda admitir como prueba de oficio.

Bajo esa situación particular, que no es ajena a la realidad procesal peruana, pretendemos analizar y determinar, si conforme al derecho nacional resulta legal la actuación del juez en virtud de la cual admita algún medio probatorio ofrecido por el rebelde en el proceso civil. Así como, analizar y proponer, según sea el caso, una fórmula legal destinada a flexibilizar el proceso civil a fin de no establecer restricciones preclusivas rígidas al ofrecimiento de pruebas.

Con esta finalidad, la pregunta que nos hemos formulado es: ¿En el Derecho Nacional; resulta legal la actuación procesal del juez por la cual admita de oficio algún medio probatorio ofrecido por el declarado rebelde? y si ¿Procedería una reforma legal, encaminada a flexibilizar el proceso civil a fin de no restringir el derecho al ofrecimiento de pruebas a la etapa postulatoria?

Las preguntas de investigación se responden a partir de la interpretación y análisis de las instituciones jurídicas procesales, para ello se ha utilizado el método de interpretación exegético, sistémico, dogmático y comparativo.

Tras ello, la respuesta obtenida es que conforme a nuestro derecho nacional que importan las normas constitucionales, los principios y normas procesales, la jurisprudencia y la dogmática procesal aplicable al caso peruano, no permiten calificar de legal la actuación del juez que utilizando sus poderes de iniciativa probatoria admita de oficio una prueba ofrecida por el rebelde procesal luego de los actos postulatorios. Asimismo, y tras analizar la esencia de los Derechos Fundamentales en el marco del respeto a la dignidad humana y la concepción del estado social y democrático de derecho, acorde con los antecedentes legislativos y legislación comparada, nos han permitido concluir que si es viable flexibilizar la rigidez preclusoria en materia probatoria a fin de no restringir el derecho al ofrecimiento de pruebas a la etapa postulatoria, sino hasta antes de la emisión de sentencia de primera instancia en oportunidad única, debiéndose garantizar el contradictorio para no afectar el derecho de defensa.

En atención a esta conclusión, se recomienda al legislador peruano realizar una modificatoria del artículo IX del Título Preliminar, el artículo 189 del CPC y normas conexas que permitan la no restricción del derecho al ofrecimiento de pruebas a los solo postulatorios.

PALABRAS CLAVES: Proceso civil - publicismo y garantismo procesal – rebeldía – medio de prueba – actos postulatorios – prueba de oficio – principio de preclusión - restricción de derechos – normas constitucionales - principios procesales – dogmática – jurisprudencia- dignidad humana – estado social y democrático de derecho – derecho de defensa.

ABSTRACT

The Peruvian Civil Procedure Code - CPC of 1993 - conceived from an eminently publicist ideology with a few notes of procedural mechanism, is guided among others by the paths of procedural direction, the judge's activism, procedural speed, procedural preclusion, private initiative, to reach the destination of resolving the private conflict of interest.

In the course of the proceedings, situations may appear in appearance unjust and will be conceived if the rules of the procedure pre-established by law are not understood. A particular situation arises when the defendant is declared a rebel and then offers a means of proof for him to be admitted and assessed on trial pending the judge's in his probative initiative probation test to admit it as proof of duty.

Under that particular situation, which is no stranger to Peruvian procedural reality, we intend to analyze and determine, if under national law, it is legal for the judge to act under which he admits any means of evidence offered by the rebel in the civil process. As well as, analyze and propose, as the case may be, a legal formula designed to make the civil proceeding more flexible so as not to establish rigid preclusive restrictions on the offering of evidence.

To this end, the question we have asked ourselves is: In National Law; Is legal the procedural action of the judge by which he admits officio any means of evidence offered by the declared rebel? and if Would a legal reform proceed, aimed at making the civil processing more flexible so as not to restrict the right to offer evidence to the postulatory stage?

The questions of the investigation are answered from the interpretation and analysis of the procedural legal institutions, for which the method of exegetical, systemic, dogmatic and comparative interpretation has been used. After that, the answer obtained is that, in accordance with our national law, the constitutional norms, the principles and procedural norms, the jurisprudence and the procedural dogma applicable to the Peruvian case are important, don't allow to qualify as legal the actions of the judge who, using his powers of initiative as evidence, admits officio evidence offered by the defendant after the postulatory acts. Furthermore, and having analysed the essence of fundamental rights within the framework of respect for human dignity and the concept of the social and democratic state of law, in accordance with the legislative background and comparative legislation, have allowed us to conclude that if it is feasible to relax the preclusive rigidity in evidentiary matters in order not to restrict the right to offer evidence to the postulatory stage, until before the issuance of a first instance judgment in a single opportunity, the contradictory must be guaranteed so as not to affect the right of defense.

In view of this conclusion, the Peruvian legislature is recommended to make an amendment to article IX of the Preliminary Title, Article 189 of the CPC and related rules permitting the unrestricted right to offer evidence to applicants only.

KEYWORDS: Civil process- publicism and procedural guarantee- rebellion – evidence- postulatory acts – officio proof – principle of preclusion – restriction of rights – constitutional norms – procedural principles – dogmatic – jurisprudence – human dignity – social and democratic state of law – law defense.

INTRODUCCION

“Ninguna decisión justa puede basarse en hechos erróneos, lo que implica que si no hay verdad en el contexto procesal, no hay justicia” (Jerome Frank, 1930).

El proceso judicial, y en especial el proceso civil, es un conjunto ordenado de actos procesales tendientes a resolver un conflicto intersubjetivo de intereses. En ese fin, se pueden dar situaciones que no coadyuven a un mejor resolver de la causa por el juez, tal como sucede, cuando el demandado incurre en rebeldía, por no contestar la demanda dentro del plazo de ley, propio para cada vía procedimental; o cuando las partes omitieron la presentación de un medio probatorio en su demanda o contestación, la que luego no será admitida a juicio por la preclusión de ese acto procesal, no obstante que dicha prueba fuera útil y necesaria para resolver la litis

El actual sistema procesal está dividido en fases y quizá por ello basado en rígidas preclusiones sobretudo en materia probatoria. Agravando la situación anterior, la rebeldía procesal, tiene serios efectos para con el declarado rebelde, por un lado, está la prohibición de admitirle los medios de prueba que pudiere ofrecer luego de declararse su estado de rebeldía, dado que dejó pasar la oportunidad para ese acto procesal, pese a los poderes probatorios del juez los cuales están sujetos a limitaciones; y por otro lado, es el hecho de la presunción relativa de verdad de los hechos expuestos por el demandante. Estas situaciones amparadas en un severo régimen preclusivo en materia probatoria, no ayudan a desarrollar un buen contradictorio, no permiten que el juez llegue a la verdad de los hechos ocurridos, no permiten materializar los derechos constitucionales a la prueba y al debido proceso, el derecho de defensa, y ello no dará como resultado “la paz social en justicia”.

Nuestra preocupación es tal, que lo único que pretendemos es hacer notar que los derechos constitucionales y sustantivos para que sean plenamente efectivos por las personas en nuestra realidad social, deben tener como correlato normas procesales con capacidad necesaria para hacerlos efectivos - lo que no implica desorden ni lentitud - sino dinamismo procesal y justicia - fin último que el justiciable espera del Poder Judicial-.

La metodología que hemos utilizado en el desarrollo de nuestra tesis, pertenece al área de la investigación básica, y está fundada hasta donde hemos podido, en un método de interpretación sistémico-legal, dogmático y comparativo. En ese sentido, hemos dividido la tesis en Cuatro Capítulos, los cuales son:

En el Capítulo I, los “Aspectos de la Problemática”, identificamos la realidad problemática, realizamos el juicio de justificación de la investigación, planteamos los objetivos que persigue la tesis y delimitamos los aspectos de la investigación.

En el Capítulo II, el “Marco Teórico”, identificamos los antecedentes de la investigación y hemos abordado el estudio de los institutos jurídicos como las escuelas y corrientes procesales, el proceso civil y su función en la realidad jurídico-social, la prueba y su finalidad en el proceso y la oportunidad de su ofrecimiento, la rebeldía procesal y sus efectos, la prueba de oficio como “facultad probatoria del juez”, analizamos literatura procesal nacional y extranjera y legislación comparada.

En el Capítulo III, el “Marco Metodológico”, el cual está referido a detallar el diseño metodológico de la presente investigación, es decir a determinar el procedimiento que se siguió para desarrollar la Tesis.

En el Capítulo IV, “Probanza de la Hipótesis”, realizamos la probanza jurídico, social y doctrinal de las hipótesis materia de investigación, la cual concentra el análisis legal, jurisprudencial, dogmático y filosófico de las variables que las conforman; para finalmente arribar a determinar la viabilidad de flexibilizar el proceso civil a fin de no restringir el derecho al ofrecimiento de pruebas a la etapa postulatoria. Culminando con nuestras conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.

El proceso judicial se concibe como un conjunto ordenado de actos procesales, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, dirigidas a la resolución de un conflicto de intereses.

En el *iter* procesal, cada parte: demandante y demandado, tienen su debida oportunidad a fin de exponer sus fundamentos de demanda (hechos constitutivos) y de contestación (hechos impeditivos o extintivos), y a la vez ofrecer sus medios probatorios que respalden sus argumentos. Ello, con observancia del Principio de Preclusión, y con la finalidad de lograr un proceso célere en su resolución.

Sin embargo, en gran cantidad de procesos judiciales; por renuencia, desinterés o cualquier otra causa, el (los) demandado (s) no contestan la demanda o lo hacen fuera del plazo legal, ergo, “pierden” la gran oportunidad determinada por ley para exponer sus argumentos de defensa y sobretodo de aportar medios probatorios que los respalden o desvirtúen los hechos alegados por el demandante; generándose un serio perjuicio como castigo; tal es el caso, de la presunción relativa de verdad de los hechos expuestos por el demandante. Así como de ser el caso, el demandante o actor no tenga la razón o el derecho que alega o quizá este sea muy controversial o difícil de resolver; sin embargo, por los efectos de la rebeldía procesal, al demandado *a priori* no le serán admitidos los medios probatorios que ofrezca luego de declarada su rebeldía, no obstante que pueden ayudar a resolver el conflicto de intereses, y que es la finalidad del proceso judicial. Entonces, será necesario identificar y analizar la viabilidad jurídica con la que se puede revestir el juzgador, a fin de que pueda admitir de oficio los medios probatorios ofrecidos a destiempo por el demandado a efectos de resolver la causa puesta a su conocimiento.

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Referimos que es una preocupación constante de los operadores jurídicos, el desarrollo de doctrina y de jurisprudencia que coadyuve a resolver las causas judiciales, de manera eficiente y eficaz.

Respecto al tema de investigación, se cuenta con una amplia doctrina respecto del instituto jurídico de la rebeldía procesal, y a partir de esa amplia gama se pretende dar respuesta al problema planteado y que es el eje de investigación. Con ello, pretendemos ampliar la doctrina que trata la Rebeldía Procesal, acorde con las nuevas tendencias del derecho procesal; así como, analizar y determinar la legalidad de la actuación de un juez para admitir de oficio una prueba que ofrece el declarado rebelde en el proceso civil, y que el juez considere relevante para resolver la causa puesta a su conocimiento.

En virtud de ello, consideramos necesario, analizar, e identificar la legalidad de la actuación de un juez cuando quiera de oficio admitir una prueba que es ofrecida por el demandado al que su judicatura declaró Rebelde con observancia de las normas constitucionales, las normas procesales, la jurisprudencia nacional y la doctrina en torno a la materia, mirando a la finalidad que yace en todo proceso judicial y resolver una causa con justicia.

Si luego de realizado el análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, resultase contraria a las actuales normas procesales esta actuación del juez; el tesista se propone en idear una fórmula

legal que flexibilice la severa preclusión procesal, a fin de garantizar una efectividad plena del Derecho a la Prueba en el Derecho a su ofrecimiento.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo general:

- ✓ Analizar y determinar, si conforme al Derecho Nacional resulta legal la actuación del juez en virtud de la cual admita algún medio probatorio ofrecido por el declarado rebelde en el proceso civil.

1.4.2. Objetivo específico:

- ✓ Analizar y determinar si bajo las normas del Código Procesal Civil peruano, el juez puede admitir de oficio algún medio probatorio ofrecido por el rebelde procesal.
- ✓ Analizar y proponer según sea el caso, una fórmula legal destinada a flexibilizar el proceso civil a fin de no establecer restricciones temporales al ofrecimiento de pruebas.

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial:

La investigación es de tipo teórica, por tanto, los parámetros espaciales de investigación están constituidos por las normas reguladas en la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Civil con relación a la normativa que regula el derecho a la prueba, la oportunidad probatoria, la prueba de oficio y los efectos de la rebeldía.

1.5.2. Temporal:

La presente investigación tendrá como límite temporal desde la vigencia del Código Procesal Civil peruano, esto es, desde el 02 de agosto de 1993 a la actualidad.

1.5.3. Económica:

El desarrollo de la investigación hasta su ejecución y/o sustentación, representa un gasto económico que será asumido por el tesista en monto aproximado de S/5,850.00 Soles.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

A nivel nacional e internacional, se ha desarrollado una amplia doctrina y hermenéutica, sobre el instituto jurídico procesal de la Rebeldía en el Proceso Civil; más aún, no hay un amplio desarrollo jurisprudencial, ni doctrinario, respecto de la problemática planteada. A modo de ejemplo se citan las siguientes obras jurídicas, que desarrollan tangencialmente el tema de investigación:

✓ (LINARES, 2015)

En este artículo científico, el autor analiza la etapa postulatoria del proceso civil, referida la presentación de medios probatorios del demandante y los medios probatorios del demandado en su contestación de demanda. Además analizan el supuesto de excepción del texto del artículo 429 y 374 del Código Procesal Civil, en donde si bien, no se desprende la posibilidad de supuestos de excepción, el autor considera que si pueden darse casos en los que la restricción del artículo 374 del Código Procesal Civil no va a poder aplicarse en forma absoluta, por ser contraria a derechos fundamentales de la persona que requiere presentar nuevas pruebas, siendo el Juzgador quien deberá analizar la situación particular y encontrar una solución a la misma.

✓ (ALFARO, 2011)

El autor examina el tránsito de la tutela constitucional de los derechos fundamentales, del proceso y de la prueba, así como la relación del derecho a la prueba (derecho implícito) con el derecho constitucional al debido proceso (derecho explícito), proponiendo y sustentando su autonomía constitucional. Además, se estudia el concepto del derecho a la prueba, iniciando por su perspectiva procesal para luego evidenciar su sentido constitucional.

Finalmente, se analizan los alcances de dicho derecho fundamental (utilización, admisión, actuación y valoración) y sus restricciones de orden legal: pertinencia y licitud.

✓ (MORALES, 2008)

En este artículo el autor y jurista peruano, analiza uno de los conceptos del Derecho Procesal con más incidencia práctica: la Rebeldía. El autor estudia las cuestiones más importantes de esta institución, tales como su fundamento, su naturaleza jurídica, los requisitos para su declaración, sus efectos procesales y materiales y la comparecencia del declarado rebelde. Se hace un especial desarrollo, de los efectos que trae consigo la declaración de rebeldía que en algunos supuestos dan lugar al juzgamiento anticipado del proceso, y la consecuente presunción relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda. Asimismo, aborda el tema del apersonamiento del rebelde y su oportunidad de defensa en este proceso, concluyendo que la rebeldía del demandado no genera indefensión, sino que puede apersonarse en cualquier momento y en el estado que se encuentre el proceso no retrotrayéndose ninguna etapa de este.

✓ (ARIANA, 2011)

La abogada y jurista peruana, menciona con claridad que la inspiración ideológica del Código Procesal Civil de 1993 ha llevado a construir su proceso declarativo en base a rígidas y prematuras preclusiones. A lo largo de su tesis, refiere que el problema que representa el haber asumido un modelo de proceso declarativo fundado en rígidas preclusiones para las partes y en la concesión de amplios poderes para el juez, sus repercusiones sobre las situaciones sustanciales de las partes y sobre la calidad de la cognición del juez, teniendo como meta proponer un modelo alternativo

de proceso civil más flexible (que es como decir, más libre) al vigente, que esté acorde tanto con el proclamado derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como con el derecho de defensa que la Constitución asegura sea cual fuere el estado del proceso, sin que, por cierto, un tal modelo alternativo comporte ni desorden procesal ni estímulo a la malicia procesal.

Analiza el CPC de 1912 y el de 1993, este donde resalta de este último las preclusiones sobretudo en materia probatoria, hace una férrea crítica al principio de preclusión en su máxima extensión y concluye aseverando que el proceso declarativo regulado por el Código Procesal Civil de 1993 debe ser íntegramente reformado, tratando de hallar el equilibrio entre el respeto de los derechos de las partes (que deben estarles debidamente asegurados) y los necesarios poderes del juez, para lograr la efectiva tutela jurisdiccional de aquellas situaciones jurídicas que son las protegidas por el ordenamiento sustancial, que es la razón de ser de la jurisdicción, y se diría, de la existencia del Estado mismo.

✓ (MARTEL, 2015)

El Juez Superior Civil, trata el tema de la prueba de oficio como facultad y no deber del juez en el trámite procesal, y analiza de manera exhaustiva el artículo 194 del CPC y legislación concordante para determinar los aciertos y desaciertos de la normativa nacional. Al final de su trabajo concluye entre otros puntos aseverando que, se atenta contra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cuando el juez de segunda instancia decide anular la sentencia de primera instancia para que el juez de este grado ordene pruebas de oficio y dicte una nueva sentencia, siendo también que ello no es la esencia del recurso de apelación que permite corregir los errores judiciales. Asimismo, plantea como límites de la actuación oficiosa de la prueba, a saber: las pruebas de oficio no son útiles para reemplazar a las partes en la carga probatoria, deben derivar de la fuente de prueba citada por las partes, deben relacionarse con el objeto de prueba del proceso, deben respetar el derecho de contradicción.

Finalmente es de la opinión que deba modificarse el artículo 194 del CPC, cuyo texto sería el siguiente:

Artículo 194.-Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez de primera o segunda instancia debe ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya citado por las partes en el proceso.

Con esta actuación probatoria el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordene las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ningún caso se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de pruebas de oficio. Este precepto también es aplicable a los órganos jurisdiccionales que conocen del recurso de casación”.

2.2. BASES TEORICAS:

2.2.1. El Proceso

El proceso judicial, entre ellos el proceso civil, ha sido analizado desde diferentes ópticas, y se le han dado – entre otras- las siguientes orientaciones, entre las que destacan:

✓ ***El proceso como método de solución de conflictos***

El proceso judicial es una realidad jurídica, quizá la más conocida, la más ostensible y llamativa de las realidades jurídicas, es al mismo tiempo, una realidad sociológica, un método de resolución de conflictos y de pacificación y también un fenómeno de comunicación

✓ ***El proceso como función del estado (Visión publicista)***

Bajo el pensamiento de Klein, el proceso es un fenómeno de masas que trasciende el interés de las partes, propugnando, como consecuencia de ello, una visión publicista de este, que hasta hoy irradia en algunos modelos legislativos, como el peruano, donde impera el principio de autoridad antes que el de libertad de las partes.

Según HERNANDEZ (2015), la “*concepción publicista del proceso*” significa que el proceso está construido desde el punto de vista del juez (o sea del Estado) y no desde aquél de la partes, que pasan a ser en el proceso un simple medio para que los órganos jurisdiccionales (o sea el Estado) cumplan sus funciones.

✓ ***Visión casuística del proceso***

En el tiempo de los estudios procesales quedó marcada la etapa casuística, en el que la actividad procesal era solo la expresión dinámica de los derechos materiales afectados, era más importante los estudios exegéticos de las normas para tramitar un juicio mediante solo las formas. Esta es la fase del procedimiento.

✓ ***Autonomía del proceso judicial***

Por otro lado, está la época en que el Derecho Procesal busca alcanzar su independencia y autonomía como ciencia jurídica, distinta de los derechos materiales, pero con la finalidad de lograr la efectividad de estos. Ello permitió, que el proceso se convierta en un conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales como de las partes procesales intervinientes en el mismo, con la finalidad de resolver un conflicto de intereses intersubjetivos o una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica y lograr la paz social en justicia; tutelando de esta manera los derechos materiales de las personas y consagrando la efectividad del ordenamiento jurídico en una sociedad determinada. También se dice que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que permite que la tutela jurisdiccional efectiva pueda prestarse, y es así, porque una de sus finalidades principales (más allá de la pacificación) consiste en la efectiva realización del derecho material, de modo que se alcance la necesaria justicia del caso concreto.

✓ **Conceptualización según la Corte Suprema de Justicia de la República**

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en la ***Casación N° 2805-99-Callao***, resume la idea de proceso, diciendo que es un fenómeno cronológico (ya que cada acto procesal se desarrolla en un determinado espacio de tiempo), jurídico-lógico (por cuanto los actos procesales están conexados con el objeto de lograr los fines del proceso) y teleológico (porque todo acto procesal tiene establecido su propio fin), se desenvuelve a través de los mencionados actos procesales, atribuyendo cargas a cada una de las partes, ya sean estas legales, o por mandatos judiciales, o con deberes atribuidos al juzgador.

2.2.2. La función del juicio civil

(TARUFFO, 2012) citando a Mirjan DAMASKA, nos dice que en la cultura legal actual hay varios conceptos de lo que puede definirse como la función principal del litigio civil. La variedad de estos conceptos se puede reducir a dos tendencias principales, equivalentes a las que Mirjan Damaska hace en su libro *Faces of Justice*, aunque con algunas diferencias para definir algunas características de cada concepción:

✓ *Primera concepción:*

La función del litigio civil es proveer a las partes de una maquinaria institucional para la resolución de sus conflictos. En esta perspectiva, el procedimiento civil se orienta exclusivamente a poner fin a la controversia que existe entre las dos partes individuales del conflicto. Tal propósito se alcanza cuando se termina el conflicto. El proceso es el contexto en el cual las partes tienen y deben tener una oportunidad justa e ilimitada de presentar sus posiciones, sus argumentos y su evidencia a una Corte. El papel de la Corte es apenas entregar un juicio que ponga fin al conflicto.

En un proceso que se orienta solamente a proporcionar la resolución de conflictos las iniciativas de la partes son el factor dinámico principal o (solo el único) que determina el curso del procedimiento. Las partes desarrollan la secuencia procesal presentando a la Corte la evidencia que tiene a su disposición y sometiendo sus argumentos legales como soporte de la decisión que estén solicitando. En esta clase de procedimiento, que es esencialmente adversarial, la función básica realizada por la Corte es ser solo un realizador de decisiones; en el curso del procedimiento, la Corte tiende a realizar el papel de un árbitro neutro y pasivo, en cuanto a la recolección de evidencia, ya que su tarea principal es asegurar la equidad en la competencia de las partes. Lo que es importante es que la Corte no debe ser activa en la búsqueda de la verdad y en la recolección y presentación de la evidencia que no ha sido ofrecida por las partes.

Un concepto bien desarrollado de justicia procesal se ha propuesto en las últimas décadas presentando un modelo de procedimiento basado en las actividades monopolísticas de las partes y el papel pasivo de las corte como modelo político ideal y de mayor eficacia de la justicia procesal.

✓ *Segunda concepción:*

Alcanzar una decisión veraz es uno de los propósitos básicos del litigio, más no el único, y sin ser un fin general primordial, que es hacer una decisión esencialmente legal, exacta y justa, sino un propósito instrumental esencial, pues una decisión legal puede basarse únicamente en la reconstrucción verás de los hechos.

Hay que maximizar la posibilidad que toda la evidencia relevante y admisible sea recogida y presentada realmente al juicio de los hechos. De hecho únicamente bajo esta condición la Corte tendría la oportunidad de tomar una decisión informada, exacta y confiable basada en la reconstrucción relativamente mejor de los hechos de la controversia. La disposición de un procedimiento justo y la orientación del procedimiento a la búsqueda de la verdad, no son metas incompatibles.

Estas dos concepciones de la función del juicio civil se han distinguido por medio de cierto grado de abstracción por motivo de claridad. Realmente, puede ser difícil encontrar verdaderos sistemas procesales ajustados perfectamente a tales conceptos, no obstante, tales conceptos generales son útiles por lo menos para definir un marco de referencia en el cual están representados polos opuestos y extremos, en un rango que incluye posiciones intermedias que representan los sistemas procesales existentes. El mirar de un ideal a otro parece ser una característica relevante de la cultura procesal moderna que se mueve de un polo a otro o viceversa, dependiendo de los valores legales, políticos y sociales que estén prevaleciendo en un momento dado en cualquier lugar.

2.2.3. La Prueba

(COUTURE, 1985) señala que; tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones de los litigantes formulada en juicio. La prueba civil no es una averiguación. El Juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le administran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica”.

Marcelo SEBASTIAN, menciona que la prueba no consiste en investigar, en buscar un dato ignorado, consiste en acreditar que aquello que se conoce y por lo tanto se afirma, corresponde a la realidad.

Para MONTERO AROCA (2005) se puede definir la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico de del mismo juez y en otros de la norma legal que fijarán los hechos.

Se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es verdadero si está confirmado por pruebas y es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y no está probado si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. En función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá consecuencias jurídicas.

✓ Finalidad de los medios de prueba:

Para el procesalista moderno (TARUFFO, 2012) existen dos concepciones, que explican la finalidad de la prueba:

Según una *primera concepción, la prueba es, esencialmente, un instrumento de conocimiento*. Así, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso, respecto de su verdad o falsedad. Nadie duda sensatamente de que en el ámbito del proceso no se establecen verdades absolutas y que cualquier conclusión que el juez extraiga del análisis de las pruebas depende de las pruebas que se incorporaron al proceso.

De acuerdo con la *segunda concepción, la prueba no sería más que un instrumento de persuasión*, y como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad del enunciado alguno y por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada. Sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se “conocen” los hechos; todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Respecto a la segunda concepción de la prueba, que podríamos denominar persuasiva, se puede decir que no es totalmente falsa, en la medida en que contiene algunos elementos de verdad. Sin embargo, es absolutamente parcial (y, por lo tanto, resulta falsa si se considera como la única concepción posible), ya que se corresponde típicamente con el punto de vista del abogado. En efecto, es especialmente el abogado quien usa las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimientos, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de su versión de los hechos.

Según FERRER (2005) sostiene que entre las alternativas sobre la finalidad de la prueba se han identificado tres tesis:

✓ ***La prueba como fijación de los hechos:***

La finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido. Es la tesis seguida por Carnelutti.

✓ ***Prueba como convicción del juez acerca de los hechos:***

La prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos procesales determinados. Esta tesis parece ser la doctrina mayoritaria en la dogmática procesal.

✓ ***Prueba como certeza del juez acerca de los hechos:***

La prueba es la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes.

2.2.4. La prueba de oficio

La prueba de oficio en el proceso civil, es una institución procesal que despierta muchas discusiones entre los estudiosos del Derecho Procesal, debido que algunos consideran que la actividad probatoria es propia de las partes y otros consideran que no solo involucra a las partes, sino que también el juez puede tener actividad probatoria en el proceso. También es conocida la existencia de distintas ideologías en torno al proceso civil (publicistas y garantistas) en tanto que existen los que consideran que el proceso tiene la finalidad de resolver un conflicto de intereses y alcanzar la justicia. Precisamente, para llegar a resolver con justicia un caso específico, se necesita estar más cerca de la verdad de los hechos controvertidos; por eso, la importancia de que el juez como director del proceso sea quien cuente con una participación dinámica en las diversas etapas se apoye en las pruebas de oficio.

Según afirma MARTEL (2015), en la doctrina existe un debate sobre la pertinencia de regular las pruebas de oficio. Una posición entiende que el juez debe desligarse de su rol tradicional de convidado de piedra en la actividad probatoria, y debe asumir un rol protagónico en dicha materia cuando resulte necesario.

Autores que siguen esta línea como PARRA QUIJANO citado por GAITAN GUERRERO (2010) argumenta que el uso de esta facultad del juez es pertinente para llevar a cabo un buen análisis del acervo probatorio que lleve a la verdad del proceso, pues se están aprovechando capacidades del juez, que ahondan tanto su experiencia como su conocimiento. Este nuevo actor activo en el proceso, al poder decretar pruebas de oficio que considere pertinentes para el esclarecimiento de hechos, está buscando tener las herramientas necesarias para el análisis de las pretensiones y de su posterior decisión, basada en una verdad probada.

La otra posición, puede ser analizada a partir de autores como ALVARADO VELLOSO citado por GAITAN GUERRERO (2010), quien hace una importante crítica acerca del sistema, donde el juez es el director del proceso, argumentando que este a su vez no puede convertirse en dictador, pues esto estaría contribuyendo a la pérdida de imparcialidad del funcionario judicial respecto de las partes, e iría en contravía del derecho fundamental al debido proceso.

Afirma MARTEL (2015) que sin dejar de observar estas posiciones doctrinarias, en la medida que las pruebas de oficio han sido incorporadas en el Código Procesal Civil, corresponde a los estudiosos del derecho procesal orientar a los usuarios (abogados, jueces y fiscales, etc) en el correcto uso y práctica de esta herramienta procesal, que como se sabe se emplea de manera recurrente en los procesos judiciales, con el afán de resolver con certeza, y seguramente con justicia. Dichas disposiciones se interpretan y aplican por los jueces en todos los tipos de procesos civiles, sean de cognición (conocimiento, abreviado y sumarisimo), o de ejecución (ejecutivo, ejecución de garantía reales y ejecución de resoluciones judiciales).

En opinión de la ponente ARAUJO GARCÍA, la intervención del órgano jurisdiccional civil en materia de prueba *“no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes”* En concreto, no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas ya que, como indica el ponente SAGÜILLO TEJERINA *“la aportación o no de determinados documentos de aquellos en los cuales la parte funda su derecho no es un simple acto procesal sino la introducción de un medio de prueba, sujeto, por tanto, a las normas que disciplinan (...) la parte actora debe presentar tales documentos con su demanda y, de no hacerlo, precluye la posibilidad de hacerlo”*. Por tanto, sigue indicando el ponente SAGÜILLO TEJERINA, *es carga de la parte actora la presentación o no de los documentos en que funde su derecho, en cuanto cuestión atinente al fondo del asunto, y ella será quien deba sufrir las consecuencias en caso de falta de aportación.*¹

2.2.5. La rebeldía y sus efectos

Hoy en día se puede apreciar los conceptos muy similares que guarda la figura de la rebeldía en nuestro ordenamiento procesal, para muchos autores, la rebeldía no es otra cosa que la no comparecencia del demandado frente a un proceso en un tiempo determinado. FLORES POLO, en su Diccionario Jurídico Fundamental, define a la rebeldía en materia procesal como *“la situación en que se coloca quien debidamente notificado para comparecer en un juicio o realizar acto procesal, no lo hace dentro del plazo legal correspondiente”*.

ROCCO (1976), nos dice que, la contumacia o rebeldía, consiste en la no constitución de una parte (actor o demandado) o de ambas partes (actor y demandado) en el proceso.

Citando a LEDESMA NARVÁEZ, nos dice que la rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de éste en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no contestar la demanda e incurrir en rebeldía.

En consecuencia, referirnos a la rebeldía, presupone la inacción del demandado para contestar la demanda dentro de un plazo legal determinado, no teniendo la obligación para hacerlo, pues al ser notificado con la demanda, éste optará por contestarla o no, lo que presupone que la contestación de la demanda no es coercitiva sino meramente facultativa. Por lo tanto, nuestro ordenamiento procesal no obliga a contestar la demanda, sino que faculta al demandado para hacerlo.

El profesor ZUMAETA MUÑOZ, con relación al apersonamiento del rebelde al proceso, nos dice que el juez deberá decretar el cese de estado de rebeldía y como al apersonarse ha constituido domicilio procesal dentro del radio urbano, las futuras notificaciones serán remitidas al indicado domicilio.

GOZAINI, citado por LEDESMA, manifiesta que si el demandado contesta la demanda tardíamente o plantea extemporáneamente la reconvencción, aun sin estar declarado rebelde, sus actos son plenamente válidos pues el proceso aún no ha precluido: *“La declaración de rebeldía requiere de una resolución expresa. El simple vencimiento no cierra esa etapa del proceso...”*.

Según ALDO BACRE (1996) citado por HINOSTROZA MINGUEZ (2012) señala que existen cuatro teorías de distinta graduación sobre los efectos de la rebeldía declarada en relación con el resultado del juicio, a saber:

- ✓ **La primera**, considera que el solo hecho de la rebeldía importa la condena del rebelde. Se asimila rebeldía al allanamiento, porque implica el reconocimiento liso y llano de los hechos afirmados por el actor (...)

¹ ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL, APÉNDICE JURISPRUDENCIAL, A. M. Lorca Navarrete. pág. 49 y ss.

- ✓ **La segunda**, estima que la rebeldía declarada determina una presunción de la verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración, en este caso el actor, quien obtiene, a través de la presunción, una inversión de la carga probatoria. El juez solo está facultado para examinar la legitimidad de la pretensión dentro del orden jurídico o sea si lo que se pide – siendo cierto-es conforme a derecho (...).
- ✓ **La tercera**, estima que la rebeldía no puede tener el efecto de acordar un derecho a quien carece de él. Es necesario, en cada caso que el juez esté convencido de la verdad de los hechos en que se funde la demanda, con independencia del silencio o rebeldía del demandado.
Si bien existe presunción relativa de verdad, esa presunción no puede ser suficiente para producir convicción en el juez, por lo que es necesario fortalecerla con otros medios de prueba. Así es que la ley expresa que (...) la rebeldía no alterará la secuela regular del proceso (...) y que la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa (...).
- ✓ **La cuarta**, más rigurosa, considera que el silencio del rebelde de ninguna manera libera al juez y a la parte interesada de los deberes y cargas para obtener una sentencia favorable. Es decir, que la justicia no se ate a simulacros de juicios donde se renuncia a dar la razón a quien la tenga, al margen de toda ficción. Esta posición exige el desarrollo pleno del proceso y de la etapa probatoria.

2.3. GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS:

✓ **Admisión de demanda:**

La admisión a trámite de la demanda es la primera decisión que debe adoptarse una vez que se ha presentado una demanda y repartida a un Juzgado de 1ª Instancia. Por su parte Acción y efecto de admitir. En Derecho Civil se dice admisión de pago; en el Comercial, admisión de socio; en el Procesal, admisión de las pruebas presentadas y de los recursos interpuestos por las partes.

✓ **Demanda:**

Suele definírsele jurídicamente a toda petición formulada por las partes ante el órgano jurisdiccional, o la expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés. En sentido estricto suele definirse como demanda el acto inicial de la relación procesal, independientemente del tipo de proceso que se inicie.

✓ **Contestación de demanda:**

La contestación de la demanda contiene la oposición que formula la parte emplazada a la pretensión contenida en la demanda interpuesta en un proceso ordinario. Dicha oposición es la manifestación de voluntad del demandado frente a la pretensión del demandante, sea negando o rechazando total o parcialmente las afirmaciones.

✓ **Principio de preclusión:**

La palabra preclusión, proviene del verbo latino *precludere*, que significa “cerrar, atrancar, taponar, impedir”. Este término a su vez resulta de la unión entre el verbo *claudere* que significa “cerrar, interceptar, cortar, terminar” y el prefijo *prae* (delante). Por lo tanto, el significado etimológico de la palabra preclusión es “la de acción y efecto de cerrar delante”.

La preclusión procesal está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, como un principio procesal, el cual plantea la exigencia de que todos los actos procesales deban ser ejecutados en las etapas procesales correspondientes, porque el transcurso del plazo cancela toda oportunidad de realizar cualquier acto procesal en el plazo posterior a la que pertenece.

- ✓ **A Quo:**
Locución latina que significa “del cual”. Hace referencia al juzgador cuya decisión es recurrida ante un tribunal superior.
- ✓ **Acto procesal:**
Acción voluntaria realizada en el marco de un proceso judicial o para su inicio, cuyo efecto inmediato es la constitución, sostenimiento, modificación o disolución de la relación jurídica procesal.
- ✓ **Hechos constitutivos:**
Entonces, los hechos constitutivos son aquellos en los que el actor basa su pretensión, por ello, le corresponde la carga de la alegación y de la prueba de los hechos. Evidentemente, no se atribuye al demandante la carga de todos los hechos de los que la norma deduce la consecuencia pedida. Se ha de partir de los principios de normalidad y facilidad o proximidad probatoria.
- ✓ **Hechos extintivos:**
Los hechos extintivos están dirigidos a fundamentar excepciones materiales del demandado; es decir, actúan como hechos que se incluyen entre los actos de defensa del demandado, pues estos hechos extintivos tienen la finalidad de destruir el efecto jurídico pretendido por el actor. Por lo tanto, son hechos en los que se apoya la parte demandada y cuya prueba le corresponde a esta.
La excepción material es alegación de hechos sustanciales nuevos, que impiden el nacimiento del derecho pretendido por el actor, o modificativos, que constituyen en diferentes modalidades de los hechos alegados en la pretensión; o que se regulan como extintivos de los mismos.
- ✓ **Hechos impeditivos:**
Son aquellos producidos de manera coetánea a los hechos constitutivos, suprimen o extinguen la eficacia jurídica de estos. Es cuando se alega un hecho que impide la pretensión esgrimida por el actor. Por ejemplo, se admite la celebración de un contrato de compraventa, pero se alega que el mismo fue simulado, por lo que no puede desplegar los efectos jurídicos, pretendido por el actor dirigidos a fundamentar excepciones materiales del demandado; es decir, actúan como hechos que se incluyen entre los actos de defensa del demandado.
- ✓ **Presunciones:**
La presunción supone un hecho como cierto sin tener prueba directa sobre el particular, vale decir, no existe ninguna seguridad o certeza de su veracidad. Las presunciones no son medios de prueba, sino una forma de razonamiento judicial que le sirve al juez para la valoración del material probatorio.
- ✓ **Principios Procesales:**
Los principios procesales, son directrices o líneas matrices dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso. Los principios procesales acogidos en el Título Preliminar son expresiones de una ideología del proceso, sin embargo, su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación.

2.4. MARCO REFERENCIAL

2.4.1. Marco legal:

Las normas legales relacionadas de manera directa con la presente investigación, son las siguientes:

Constitución Política del Perú

- ✓ **Artículo 1.-** La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado.
- ✓ **Artículo 138.- Administración de Justicia.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
- ✓ **Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
 - 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.- Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
 - 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad

Código Procesal Civil

- ✓ **Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.
- ✓ **Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal**

El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.
- ✓ **Artículo IX.- Principios de Vinculación y de Formalidad**

Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.
- ✓ **Artículo 50.- Son deberes de los Jueces en el proceso:**
 - 1.- Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal.

- ✓ **Artículo 51.- Facultades genéricas**
Los Jueces están facultados para: 2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.
- ✓ **Artículo 188.- Finalidad**
Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.
- ✓ **Artículo 189.- Oportunidad**
Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.
- ✓ **Artículo 194.- Pruebas de oficio**
Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.
El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.
- ✓ **Artículo 458.- Presupuesto para la declaración de rebeldía**
Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde. También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el Artículo 79.
- ✓ **Artículo 461.- Efecto de la declaración de rebeldía**
La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:
 1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
 2. La pretensión se sustente en un derecho indisponible;
 3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
 4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción.
- ✓ **Artículo 462.- Ingreso del rebelde al proceso**
El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre

2.4.2. EL PROCESO

Para (PRIETO MONROY, 2003), Según la Teoría General del Proceso, este es “el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado; es decir, un conjunto de actos cuya finalidad es resolver un conflicto con incidencia jurídica a través de una providencia, la sentencia, en la cual se manifiesta la soberanía al aplicar el derecho. En esta actividad participan unos sujetos: el juez y las partes, cuyo objeto es una relación jurídica “sustancial”, cuyo devenir se haya en conflicto, cuya finalidad es la de impartir justicia”.

Según el jurista (MONROY GALVEZ, 2013), “El proceso actúa como un conjunto dialéctico, dinámico y temporal de una sucesión de actos realizados por las partes, el juez y las demás personas que participan en el mismo, como los terceros y los auxiliares jurisdiccionales. También se dice que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que permite que la tutela jurisdiccional efectiva pueda prestarse, llamado a intervenir si se verifica alguna crisis efectiva en el plano del derecho material, inclusive de carácter preventivo y hasta abstracto. Y es así, porque una de sus finalidades principales (más allá de la pacificación) consiste en la efectiva realización del derecho material, de modo que se alcance la necesaria justicia del caso concreto”.

2.4.2.1. El proceso como entidad jurídica compleja

El procesalista italiano (FOSCHINI, 1949), expone que, según la naturaleza del proceso puede explicarse a partir de una trilogía, el proceso se presenta como la combinación de una pluralidad (de actos, relaciones y situaciones), también como una unidad (es decir, la coordinación precisa de los elementos plurales antes descritos). Esta doble calidad determina a su vez, la visión del proceso como una entidad jurídico compleja.

El jurista peruano (MONROY GALVEZ, 1996) , manifiesta que esta teoría fue propuesta en 1948 por el procesalista italiano GAETANO FOSCHINI, quien afirma que atendiendo a los elementos que participan en el proceso, este puede ser contemplado de distintas maneras. Así, puede ser reconocido como un ente *abstracto* (normativo), es decir, como una *relación jurídica compleja*. También como un ente concreto (estático), esto es, como una *situación jurídica compleja*. Finalmente, el proceso puede ser apreciado como un ente abstracto, concreto y a la vez *dinámico*, es decir, como un *ente jurídico complejo*.

2.4.2.2. El proceso como servicio público

Para (MONROY GALVEZ, 1996), dentro del proceso se discute la eficacia (declaración, constitución, reconocimiento) de derechos materiales, que regularmente son de naturaleza privada. Sin embargo, queda al margen de toda duda que la relación jurídica destinada a la solución del conflicto privado antes citado es de naturaleza pública, porque cuenta con la intervención de un representante del Estado: El Juez, quien realiza su actuación y exige que los otros partícipes adecuen su actuación a reglas de conducta contenidas en normas jurídicas (normas procesales) de cumplimiento regularmente inexcusable. Entonces, la participación determinante del Estado en dicha actividad y la exigencia de cumplir con su propuesta normativa hacen del proceso y de las normas que lo regulan, un tema de derecho público.

Para el jurista colombiano (DAVIS ECHANDIA, 2005) expone que: "Por último, el derecho procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que esto acarrea; no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas; son de imperativo cumplimiento; prevalecen en cada país sobre las leyes

extranjeras. En realidad, desde que una norma se relacione con el interés general o interés a la organización judicial, es de derecho público".

2.4.2.3. El proceso como reproducción jurídica de una interferencia real

(LOIS ESTÉVEZ, 1947), quien es profesor de la Universidad de Santiago de Compostela de Chile, en diversas obras ha definido al proceso como: "una serie compleja de actos superpuestos destinados a la reproducción jurídica de una interferencia para su discriminación". Asimismo señala que "un estudio de la esencia del concepto no basta para penetrar en el sistema lógico que constituye en el proceso considerado en su totalidad".

2.4.2.4. El proceso como institución

El jurista (PEREZ CRUZ MARTIN A. J., 2019) refiere que la concepción del proceso como institución es netamente española. Asimismo, refiere que el más genuino defensor de esta teoría fue GUASP DELGADO para quien parte de la insuficiencia de la teoría de la relación jurídica procesal, el problema reside, en que en el proceso existen varias correlaciones de derechos y deberes jurídicos, por tanto, existen realmente múltiples relaciones jurídicas y no una sola. Guasp precisa que para reducir a la unidad tal multiplicidad de relaciones se debe acudir a la idea de institución. A su vez, detalla las consecuencias fundamentales de la naturaleza institucional del proceso: a) el proceso es una realidad jurídica permanente independientemente de los procesos concretos; b) tiene un carácter objetivo que trasciende de las voluntades individuales que lo provocan; c) el proceso implica la subordinación jerárquica al estado, de los sujetos que en él intervienen; d) el proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos procesales sino dentro de ciertos límites que no alteran la idea fundamental del mismo; e) el proceso es adaptable a las necesidades de cada momento.

En conclusión, para PEREZ CRUZ, MARTIN esta concepción ha sido considerada "vaga y estéril" y se ha destacado su escasa utilidad práctica. Citando a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO quien cuestiona la idea de unidad en el proceso, entendida como idea objetiva o común de las voluntades particulares que se adhieren a la misma, sólo puede aceptarse desde el punto de vista metafísico pues las pretensiones y las resistencias que luchan en el proceso están presididas por el contradictorio. Más problemática es la pretendida jerarquía en el proceso, carácter distinto de la supremacía del órgano jurisdiccional, pues implícitamente supone la subordinación de las partes y conlleva una visión burocrático - administrativa del proceso; lo cual ha llevado a críticas incluso desde el punto de vista político.

2.4.2.5. El proceso como serie de actos proyectivos

BRISEÑO SIERRA sostiene que éste es "*una serie de actos proyectivos*" a lo que a su vez lo reduciremos como "*una serie de acciones*" a lo que por su causa el autor confunde a la acción (que es un derecho procesal subjetivo) a la de sus actos de ejercicio (como o son sus actos proyectivos).

2.4.2.6. Escuelas Procesales

Según (MONROY GALVEZ, Introducción al Proceso Civil, 1996) "El punto de partida para el análisis de los sistemas procesales más conocidos, pasa por recordar la característica más saltante del proceso. En este contexto, el cómo realice el proceso su función instrumental respecto de los derechos materiales es determinante para la configuración de por lo menos dos sistemas procesales claramente definidos". Su vez manifiesta que, "El hombre contemporáneo ha agregado una angustia a su

neurosis cultural: sabe más de lo que comprende. Por estas razones, intentar una separación de los sistemas jurídicos es más una inquietud académica que una expresión de la realidad”.

Es así, que el jurista italiano (CAPPELLETTI, 1973) se acerca al tema de los sistemas jurídicos utilizando el concepto de “familias jurídicas” y dice que “Esta opción implica establecer una suerte de división del derecho a partir de criterios absolutamente concretos y de alguna manera extrajurídicos como los siguientes: qué representa el derecho para una sociedad, qué concepción del hombre y de sus relaciones está sustentando un determinado tipo de derecho y, finalmente, qué lugar ocupan los países que han asumido una determinada concepción jurídica”.

Bajo este contexto y evolución del derecho procesal, el cómo el proceso haga realice su función instrumental destinado a hacer efectivos los derechos materiales, se pueden identificar dos escuelas o sistemas procesales.

a) Escuela procesal publicista – modelo inquisitivo

Según expone (PEREZ CRUZ MARTIN A. J., 2019) a mediados del siglo XIX en Alemania se iniciaron los intentos de superar la concepción privatista del proceso, lo cual implicó el nacimiento de las doctrinas modernas sobre la naturaleza jurídica del proceso. Estas partes de la estatalización del proceso y por tanto acuden al Derecho público para explicar su naturaleza. Con ello se inicia también la reivindicación por la autonomía del Derecho procesal, iniciada por BüLOW, con el deseo de concebirla como asignatura con un contenido per se. Entre estas teorías algunas proceden a encuadrar el proceso dentro de las categorías generales ya establecidas, mientras que otras construyen categorías propias.

A decir de (HUNTER AMPUERO, 2011) aunque se ha debatido el origen de esta escuela, probablemente la materialización más clara en la consolidación del ideario publicístico, sea la Ordenanza de Klein u Ordenanza Procesal Austriaco (1895) durante el Imperio Austro-Húngaro, para luego pasar a extenderse como la principal directriz en el Derecho Procesal continental durante el siglo XIX.

✓ Fundamento Ideológico

La doctrina publicística puede identificarse con una tendencia socializadora del proceso civil que vino en proponer una nueva visión e interpretación de la forma en la que se ha de estructurar y comprender la función del proceso. Dentro de un contexto democrático en específico, las reformulaciones más recientes del publicismo parecen acordar en la idea de que existe un nexo fundamental entre verdad y justicia que se relaciona estrechamente con el respeto a los derechos fundamentales en la vida social e individual de las personas, y que influye directamente en la administración de justicia. Lo anterior, puede explicarse desde el ámbito jurídico en torno a la idea de que para permitir una correcta aplicación del Derecho, es necesario que se determine que el hecho que subsume la norma a aplicar efectivamente ocurrió, es decir, que se corresponde con la realidad y que por lo tanto es verídico.

Para el jurista peruano (MONROY GALVEZ, 2003) “Dentro de un sistema publicístico, el juez es el principal protagonista del proceso. Por su intermedio, la actividad procesal se orienta hacia lo indispensable, es decir, se proyecta hacia una función útil y provechosa (...). Sólo concediéndole al juez autoridad y medios procesales idóneos, se puede provocar o coadyuvar a la obtención de decisiones justas, entendiéndose por éstas aquellos pronunciamientos jurisdiccionales en donde la cuota de certeza y celeridad se presenta en contenido suficiente, si no pleno”

✓ Principios procesales publicistas:

El Principio de Veracidad:

Para (BILBAO BONOPELLI, 2014) la inclusión del principio de veracidad es de interés estrictamente estatal, dado que las partes acuden al proceso para hacer valer sus pretensiones. Por ello, se justifica que las partes conserven el monopolio de excitación de la actividad jurisdiccional, como el de determinación del objeto del debate, pero ante la inminencia de que éstas distorsionen la verdad en aras de obtener sentencia favorable, y para facilitar la búsqueda de la verdad, se deja el control del curso del proceso al juez, quien asimismo será dotado con potestades probatorias dirigidas a esta finalidad.

Lo anterior viene a determinar una comprensión relativizada del principio dispositivo en pos de favorecer al principio de veracidad, como ha sido expuesto por (TARUFFO, 2010)

Explica el profesor (FUCH NISSIM, 2011) “el proceso no es el mercado, y que por tanto, no debe actuar sin intervención alguna, pues aquí no existe ninguna *mano invisible* que vaya a igualar el poder del imputado frente al *ius puniendi* del Estado, o del trabajador frente al empleador, o bien del consumidor frente al proveedor. Entonces, la intervención judicial, concretizada mediante fuertes poderes probatorios al juez, además de facilitar la averiguación de la verdad, evitaría que la parte más empoderada en el litigio evite u obstaculice su averiguación, por sobre la parte más débil”

✓ Visión crítica del publicismo:

El jurista peruano (MONROY GALVEZ, 1996), asevera que es necesario identificar dos hechos importantes dentro del desarrollo del sistema publicista: En primer lugar, el sistema publicístico ha pasado a ser en este siglo la alternativa más común y científicamente más aceptable para el diseño de un determinado ordenamiento procesal, al punto que mantener un esquema privatístico es signo de obsolescencia grave o aguda, según se mantengan vigentes ordenamientos estrictamente ceñidos a las tesis decimonónicas del liberalismo individualista, o a los postulados romano – canónica - comunes del *ordo iudiciarum privatorum*. En segundo lugar, cabe precisar que este apogeo ha generado una paradoja -citada anteriormente- de considerable importancia. Dado que la tendencia contemporánea en materia de derecho civil y comercial -nos referimos al derecho material del cual el proceso civil es su instrumento- es retornar a los esquemas privatistas de hace dos siglos, hoy se reafirma la vieja tesis de considerar privadísimos tales derechos materiales. Por otro lado, al haberse afianzado el sistema publicístico, resulta que en la actualidad al interior de una función pública se discuten derechos privados.

b) Escuela procesal garantista – modelo adversarial

El autor (MONROY GALVEZ, 1996), refiere que la ideología liberal, emergida de la Revolución Francesa, no solo influyó en el pensamiento político mundial, sino también y de manera trascendente en las ciencias jurídicas y, por cierto, en el proceso.

Por su parte el maestro (CAPPELLETTI, 1973), asegura de que si en el proceso civil se discuten derechos civiles y estos son privados, entonces el proceso civil es también una actividad privada, por lo que hasta mediados del siglo pasado, en toda Europa se le siguió denominando *Sache der Parteien* (Cosa de las Partes).

✓ Fundamento ideológico

Para (BIDEGAIN, 2019) el garantismo el proceso judicial es la gran y máxima garantía que otorga la constitución para la defensa de los derechos individuales desconocidos por cualquier

persona (comenzando por la libertad) y, muy particularmente, por la propia autoridad, con la cual el individuo puede igualarse jurídicamente sólo en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato absolutamente igualitario desde su propia imparcialidad. De ahí el nombre de garantista o libertaria (por oposición antagónica, claramente totalitaria).

✓ Principios procesales adversariales

Principio de Dirección Judicial

Para (MONROY GALVEZ, 1996) el principio de dirección judicial del proceso recibe también el nombre de principio de autoridad del juez. Su presencia histórica en el proceso civil se explica como el medio a través del cual se empiezan a limitar los excesos del sistema privatístico, aquél en el cual como ya se expresó el juez tiene durante el desarrollo de la actividad procesal un rol totalmente pasivo, previsto solo para legitimar la actividad de las partes. En nuestra opinión, el principio de dirección judicial es la expresión que mejor caracteriza al sistema publicístico. En él, como sabemos, se privilegia el análisis e importancia del proceso desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio utilizado por el Estado para hacer efectivo el derecho objetivo y concretar finalmente la paz social en justicia.

El maestro italiano (CHIOVENDA, 1922) se refiere a este principio de la siguiente manera: "En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho civil público moderno que el Estado hállese interesado en el proceso civil; no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible. El juez, por lo tanto debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos".

✓ Visión crítica del garantismo

El jurista (GONZALES R. , 2012) expone que el "garantismo procesal", en realidad, es una corriente procesal que considera al dispositivismo procesal como solución al problema del entendimiento de los derechos procesales fundamentales, pero padece una miopía degenerativa del contexto en que se desarrolla el garantismo jurídico, que por cierto no es patrimonio del positivismo crítico ferrajoliano, lo desconoce tanto como pretende declararse su descendencia procesal. Por eso, es muy flaco el rigor de la denominación "garantismo procesal" en una corriente que a todas luces, sin poder ser otra cosa, es eminentemente positivista. Háblese, entonces, de "dispositivismo procesal".

2.4.2.7. Los Tribunales y su visión del Proceso

Durante las primeras décadas de su vida republicana, la cultura procesal de esta parte del mundo, con excepción de Brasil cuyo desarrollo histórico es distinto, recibió la influencia de las dos leyes procesales españolas -leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881, especialmente de esta última-, y de sus raíces, con intensidades variadas, por lo menos hasta la segunda mitad de este siglo. Lo expresado significa, en consecuencia, que la codificación latinoamericana ha recibido la influencia de la ideología liberal y la exacerbación del individualismo, emanadas ambas de la Revolución Francesa. En el caso concreto del Perú, esta influencia mantuvo su vigencia hasta julio de 1993.

Resulta indudable advertir, por lo demás, que en este crisol de influencias, es muy complicado separar el aporte positivo de la distorsión, es decir, la realidad del mito. El aprovechamiento de los estudios procesales no puede reposar únicamente en la conquista y en la apropiación, más o menos inmediata, de una institución procesal novedosa y con excelencias teóricas. Es importante variar el enfoque investigador, y dirigirlo a rutas casi inexploradas a la fecha. Nos referimos, por ejemplo, a los estudios jurisprudenciales o al uso de técnicas de investigación

social, a fin de conocer qué está significando el proceso en la realidad. En definitiva, y refiriéndonos en concreto al contenido de este capítulo, resulta urgente apreciar con una nueva perspectiva nuestros antecedentes históricos. Para los latinoamericanos saber realmente quiénes hemos sido, es trascendente para saber qué somos y, sobre todo, qué podemos ser.

2.4.3.8. Conceptualización según la Corte Suprema de Justicia del Perú.

La Corte Suprema en la CASACIÓN N° 2805-99-CALLAO, ha señalado que el proceso es un fenómeno cronológico (ya que cada acto procesal se desarrolla en un determinado espacio de tiempo), jurídico-lógico (por cuanto los actos procesales están conexados con el objeto de lograr los fines del proceso) y teleológico (porque todo acto procesal tiene establecido su propio fin), se desenvuelve a través de los mencionados actos procesales, atribuyendo cargas a cada una de las partes, ya sean estas legales, o por mandatos judiciales, o con deberes atribuidos al juzgador.

Del mismo modo la Suprema Corte del Perú en la Casación N° 1363-99 Lima, respecto del acto procesal ha señalado que “es un hecho que acontece en el mundo de la realidad, y al modo como se manifiesta el contenido de dicho acto, es decir, como aparece exteriormente, se le denomina forma”.

2.4.3. EL JUICIO CIVIL

2.4.3.1. Función del juicio civil

El jurista (TARUFFO, Teoría de la Prueba, 2012) nos dice que en la cultura legal actual hay varios conceptos de lo que puede definirse como la función principal del litigio civil. Por motivos de claridad, la variedad de estos conceptos se puede reducir a dos tenencias principales; como se verá esta distinción es equivalente a la que MIRJAN DAMASKA hace en su libro *Faces of Justice*, aunque con algunas diferencias para definir algunas características de cada concepción:

✓ Primera concepción:

La función del litigio civil es proveer a las partes de una maquinaria institucional para la resolución de sus conflictos. En esta perspectiva, el procedimiento civil se orienta exclusivamente a poner fin a la controversia que existe entre las dos partes individuales del conflicto. Tal propósito se alcanza cuando se termina el conflicto. El proceso es el contexto en el cual las partes tienen y deben tener una oportunidad justa e ilimitada de presentar sus posiciones, sus argumentos y su evidencia a una Corte. El papel de la Corte es apenas entregar un juicio que ponga fin al conflicto.

En un proceso que se orienta solamente a proporcionar la resolución de conflictos las iniciativas de la partes son el factor dinámico principal o (solo el único) que determina el curso del procedimiento. Las partes desarrollan la secuencia procesal presentando a la Corte la evidencia que tiene a su disposición y sometiendo sus argumentos legales como soporte de la decisión que estén solicitando. En esta clase de procedimiento, que es esencialmente adversarial, la función básica realizada por la Corte es ser solo un realizador de decisiones; en el curso del procedimiento, la Corte tiende a realizar el papel de un árbitro neutro y pasivo, en cuanto a la recolección de evidencia, ya que su tarea principal es asegurar la equidad en la competencia de las partes. Lo que es importante es que la Corte no debe ser activa en la búsqueda de la verdad y en la recolección y presentación de la evidencia que no ha sido ofrecida por las partes.

Un concepto bien desarrollado de justicia procesal se ha propuesto en las últimas décadas presentando un modelo de procedimiento basado en las actividades monopolísticas de las partes y el papel pasivo de las cortes como modelo político ideal y de mayor eficacia de la justicia procesal.

✓ *Segunda concepción:*

Alcanzar una decisión veraz es uno de los propósitos básicos del litigio, más no el único, y sin ser un fin general primordial, que es hacer una decisión esencialmente legal, exacta y justa, sino un propósito instrumental esencial, pues una decisión legal puede basarse únicamente en la reconstrucción verás de los hechos.

Hay que maximizar la posibilidad que toda la evidencia relevante y admisible sea recogida y presentada realmente al juicio de los hechos. De hecho únicamente bajo esta condición la Corte tendría la oportunidad de tomar una decisión informada, exacta y confiable basada en la reconstrucción relativamente mejor de los hechos de la controversia. La disposición de un procedimiento justo y la orientación del procedimiento a la búsqueda de la verdad, no son metas incompatibles.

Estas dos concepciones de la función del juicio civil se han distinguido por medio de cierto grado de abstracción por motivo de claridad. Realmente, puede ser difícil encontrar verdaderos sistemas procesales ajustados perfectamente a tales conceptos, no obstante, tales conceptos generales son útiles por lo menos para definir un marco de referencia en el cual están representados polos opuestos y extremos, en un rango que incluye posiciones intermedias que representan los sistemas procesales existentes. El mirar de un ideal a otro parece ser una característica relevante de la cultura procesal moderna que se mueve de un polo a otro o viceversa, dependiendo de los valores legales, políticos y sociales que estén prevaleciendo en un momento dado en cualquier lugar.

2.4.3.2. Escuela procesal y juicio civil

La diferencia entre los dos sistemas que hemos descrito, nos parece se asienta en la respuesta a una pregunta específica: ¿Quién sirve a quién? Los sujetos que actúan como objeto de la pregunta son el Estado y los particulares. Dentro de una concepción privatística, El proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver su conflicto de intereses. Por esta razón, como el Estado está a disposición de los particulares, el proceso, que es el vehículo del servicio, está bajo el control de quienes lo reciben, es decir, de los particulares.

Sin embargo, la misma pregunta puede tener una respuesta distinta. La trascendencia social del proceso, expresada en la presencia exclusiva y hegemónica del Estado, determinó que se advirtiera el carácter público de aquel. Pero no solo eso. Muy pronto se constató que lo más importante en el proceso no es que los particulares resolvieran su conflicto sino que, a través de él, el derecho objetivo -creado por el propio Estado- se tornara eficaz y respetado, y asimismo, a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se lograra la paz social en justicia.

Como se advierte, tanto la eficacia del derecho objetivo como el fin de la paz social en justicia son extraparticulares, y de alguna manera extraprocesales, por así decirlo. Es así como empieza a afirmarse la concepción del proceso como un fenómeno público y se le considera sujeto a normas previstas por el Estado con anticipación al conflicto, normas que también son de naturaleza pública, entre otras razones por su vocación imperativa.

Con lo dicho, a la pregunta: ¿quién sirve a quién?, la respuesta empieza a variar. Así, resulta que las partes al enfrentarse en un conflicto de intereses brindan al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia. En consecuencia, el proceso pasa a ser una actividad pública, sujeto a normas de derecho público.

Sin perjuicio del desarrollo de los principios que sustentan este sistema, es conveniente destacar dos hechos. En primer lugar, el sistema publicístico ha pasado a ser en este siglo la alternativa más común y científicamente más aceptable para el diseño de un determinado ordenamiento procesal, al punto que mantener un esquema privatístico es signo de obsolescencia grave o aguda, según se mantengan vigentes ordenamientos estrictamente ceñidos a las tesis

decimonónicas del liberalismo individualista, o a los postulados romano-canónica-comunes del *ordo iudiciarum privatorum*.

En segundo lugar, cabe precisar que este apogeo ha generado una paradoja -citada anteriormente- de considerable importancia. Dado que la tendencia contemporánea en materia de derecho civil y comercial -nos referimos al derecho material del cual el proceso civil es su instrumento- es retornar a los esquemas privatistas de hace dos siglos, hoy se reafirma la vieja tesis de considerar privadísimos tales derechos materiales. Por otro lado, al haberse afianzado el sistema publicístico, resulta que en la actualidad al interior de una función pública se discuten derechos privado

2.4.4. LA PRUEBA

El jurista italiano (TARUFFO, 2012), expone que la prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre.

2.4.4.1. Hechos y medios de prueba

a) Hechos y enunciados fácticos.

El maestro italiano (TARUFFO, 2012) asevera que “Los hechos no se incorporan en los procedimientos en su realidad empírica o material: en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De ese modo tiene que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo los hechos se toman de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente.

Así, los enunciados fácticos son construcciones lingüísticas definidas por las partes y por el juez, por lo que la construcción de un enunciado fáctico es cuestión de elección: formular un enunciado acerca de un hecho significa elegir una descripción de ese hecho entre el número infinito de sus posibles descripciones. En consecuencia lo que se prueba en un proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”.

b) Finalidad de la prueba.

El jurista (TARUFFO, 2012) expone que “la definición de la función de la prueba se conecta directamente con los diversos conceptos de proceso y de los objetivos del proceso judicial”. Añade diciendo que “los elementos de prueba se deberían concebir como el medio que puede y debería ser usado para establecer la verdad de los hechos relevantes, es decir, para lograr una de las metas fundamentales de la administración de justicia”.

2.4.4.2. Conceptos de “prueba judicial”

(COUTURE, 1985) señala que; tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones de los litigantes formulada en juicio. La prueba civil no es una averiguación. El Juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le administran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica”

(MIDÓN, 2007), menciona que la prueba no consiste en investigar, en buscar un dato ignorado, consiste en acreditar que aquello que se conoce y por lo tanto se afirma, corresponde a la realidad.

Para (MONTERO AROCA, 2005) define a la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico de del mismo juez y en otros de la norma legal que fijarán los hechos.

2.4.4.3. Prueba y probabilidad

Para el procesalista (TARUFFO, 2012), “ninguna verdad absoluta es alcanzable en tales contextos y, por lo tanto, que el propósito posible de la toma de decisiones es solo lograr una verdad relativa. Dado que la idea de una verdad relativa es vaga, una definición muy común de la misma se plantea en términos de probabilidad”.

De ahí que la prueba como resultado nos remite a una verdad como probabilidad en el contexto procesal.

2.4.4.4. Prueba y verdad

Para (FERRER BELTRÁN, 2005) “la verdad formal, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica. Esta verdad formal una vez que adquiera firmeza es la única que interesa al derecho”.

De ahí que la prueba nos conlleve a obtener una verdad relativa o por correspondencia de los enunciados facticos y no una verdad absoluta o material acorde con lo exactamente acontecido.

2.4.4.5. La prueba como derecho constitucional implícito

El Juez Superior (MARTEL, 2015) expone que no contamos en la Constitución peruana con una norma expresa que de manera clara establezca el derecho a la prueba como un derecho fundamental. No obstante ello, en la actualidad su jerarquía constitucional es pacíficamente admitida, lo que puede encontrarse en las decisiones adoptadas por la justicia constitucional.

Por su parte el Tribunal constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado por el rango constitucional del Derecho a la Prueba. Así tenemos que en el EXP. N° 00010-2002-AI/TC ha señalado que: “(...) 148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (...)”.

a) ofrecimiento de pruebas

El artículo 189 del Código Procesal Civil prescribe: “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código. ”

En opinión de (MARTEL, 2015), quien expone que: “se sabe por regla general que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios (demanda, contestación, reconvencción y absolución de la reconvencción) y solo por excepción pueden ser ofrecidos de manera extemporánea”.

Esa excepción a que se refiere el artículo 189 del Código Procesal Civil, esta materializada en el Artículo 429 que señala:

“Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

De presentarse documentos, el Juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen”.

Así también el artículo 440 del Código Procesal Civil refiere:

“Cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”.

Conforme a la normativa procesal peruana, también es factible ofrecer medios probatorios al formularse los Recursos de Apelación y de Casación, como lo señala el artículo 374 del Código Procesal Civil que prescribe:

“Las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, únicamente en los siguientes casos: 1.- Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y; 2.- Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad. Es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos y los requiriese, se fijará fecha para la audiencia respectiva, la que será dirigida por el Juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado.”

Así como el artículo 394 del mismo cuerpo de normas que señala:

“Durante la tramitación del recurso, la actividad procesal de las partes se limita a la facultad de presentar informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa. El único medio de prueba procedente es el de documentos que acrediten la existencia del precedente judicial, o de la ley extranjera y su sentido, en los procesos sobre derecho internacional privado. Si se nombra o cambia representante procesal, debe acreditarse tal situación.”

b) admisión de las pruebas

Como refiere el juez (MARTEL, 2015) en esta materia la responsabilidad recae sobre el juez, pues es él, quien decide cuales son los medios de prueba ofrecidos por las partes, que van a ser admitidos. Esta tarea la realiza en observancia del principio de pertinencia de los medios probatorios, Así fluye de las reglas previstas en el artículo 190 del Código Procesal Civil.

En efecto el artículo 190 del Código Procesal Civil regula la pertinencia de los medios de prueba y tipifica los medios probatorios que revisten la calidad de improcedente. Así señala que:

“Artículo 190.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;
3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar”.

c) valoración de la prueba

Ofrecidos los medios probatorios, luego son filtrados para el Juez para su admisión al proceso; una vez admitidos, merecen que el juez o colegiado los valore a fin de que emita un fallo coherente, lógico y razonable.

En ese sentido, sobre la valoración de los medios probatorios, el Artículo 197 del Código Procesal Civil prescribe:

“Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

A decir de (BUSTAMANTE ALARCÓN, 1998) “la disposición anterior recoge el denominado Principio de probatorio de Unidad de la Prueba, en virtud del cual los medios probatorios admitidos y actuados en el proceso o procedimiento forman una unidad, por lo que deben ser valorados en forma conjunta, confrontándose uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, con la finalidad de que la decisión final sea una síntesis de la totalidad de los medios de prueba y de los hechos que pretendieron acreditar. Resulta importante destacar que el examen en conjunto debe realizarse luego de que se haya examinado y valorado cada uno de los medios probatorios referentes a cada hecho a probar (los de cargos y de descargo) en base un método crítico, analítico y sistemático”.

2.4.4.6. La prueba en el CPC de 1993

a) Oportunidad:

Como se ha señalado precedentemente, gran parte de la literatura procesal estima que la oportunidad procesal para ofrecer los medios probatorios es en los actos postulatorios. Es en ese sentido en que se ha colocado el legislador nacional, al haber regulado en el artículo 189 de Código Procesal Civil por regla general que los medios de prueba se deben ofrecer en los actos postulatorios salvo disposición en contra, esto es, excepciones que el mismo Código Procesal Civil de 1993 regula, tales como las que se refiere el artículo 429 y 440 del mismo código adjetivo, y en los actos recursivos de Apelación y Casación que se refieren los artículo 374 y 394 de la norma procesal.

Siendo así, se cita el artículo 189 del Código Procesal Civil que prescribe:

“Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.

b) Requisitos

Según lo expuesto en el artículo 190 del Código Procesal Civil, los requisitos exigibles para la admisión de los medios de prueba por parte del juzgador son: la pertinencia y utilidad, entendidos en su sentido de que sean adecuados para probar los enunciados facticos propuestos en la demanda, contestación, reconvencción o contestación de la reconvencción.

c) La preclusión procesal en materia probatoria.- Crítica

Suele decirse que el término “preclusión” deriva del verbo latino *praecludere*, resultado de la unión entre el verbo *claudere* (cerrar) y el prefijo *prae* (delante). A estar a su étimo, el vocablo evoca, pues, el efecto de la acción de cerrar, de obstruir, de bloquear el paso.

Pues bien, como buena parte del arsenal terminológico de nuestra disciplina, el vocablo *preclusión* forma parte del paquete de “nuevas palabras” que Giuseppe Chiovenda tuvo “la ingrata necesidad de acuñar” en su audaz empresa de renovación (conceptual y sistemática) del estudio del derecho procesal y que por la vía de la divulgación de su obra ingresó a nuestro idioma técnico.

Así para GIUSEPPE CHIOVENDA “La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos está precluido a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general actos procesales». Siendo esta una traducción del original italiano: “«*La preclusione consiste in ciò, che in seguito al compimento di determinati atti o in seguito alla decorrenza di tali termini, è precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati o in genere atti processuali*». Hay que aclarar que el traductor español de los *Principii* tradujo el «è precluso» como «queda precluso».

Crítica a la preclusión en materia probatoria:

La jurista peruana (ARIANA, 2011) señala que: “En efecto, el CPC de 1993 pese a confirmar, en sus arts. 196-200, la tradicional regla de la “carga de la prueba”, en el sentido de quien afirma un hecho corre con las consecuencias negativas de que tal hecho no resulte probado, ha sometido a las partes a un irracional sistema respecto a los modos en los que aquellas pueden digámoslo así liberarse de esa consecuencia negativa, demostrando así una sustancial insensibilidad tanto por el derecho de defensa (que la Constitución vigente asegura que pueda ejercitarse en cualquier “estado del proceso”, inc. 14 del art. 139) como de la función de la prueba a los efectos de lograr (en definitiva) una sentencia “justa”.

2.4.5. LA PRUEBA DE OFICIO

2.4.6.1 La tutela jurisdiccional efectiva

El jurista (GONZALES J. , 1985) define a la tutela jurisdiccional efectiva como el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por u órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantía mínimas.

Por su parte (MARTEL, 2015) define a este Derecho como aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. El calificativo de efectiva que se le d añade una connotación de realidad a la tutela jurisdiccional, llenándola de contenido.

2.4.6.2. Prueba de oficio, dilación indebida y carga procesal

GIMENEO SANDRA citado por (FERNÁNDEZ-VIAGA BARTOLOMÉ, 1994) sostiene que el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede concebirse como un derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos del derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, creando en el la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias.

En el Perú no se contempla el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de manera expresa, sin embargo es entendido como sinónimo de un proceso dentro de un plazo razonable. Así el Tribunal

Constitucional en armonía con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el EXP. N° 5291-2005-HC ha señalado:

4. Al respecto, debe tenerse presente que el inciso 3.º del artículo 139.º de la Constitución reconoce el derecho al debido proceso. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, "El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte".
6. Del mismo modo la Corte, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que "(...) Con respecto al plazo razonable de que trata el artículo 8.1, este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales". (Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia sobre el fondo, fundamento 143).

(MARTEL, 2015) afirma que en el estudio de la prueba de oficio es relevante la conducta de la autoridad jurisdiccional, toda vez que la orden para actuar pruebas de oficio proviene de ella. Y es que la dilación procesal indebida puede ser (entre otros motivos) producto de la falta de dirección del proceso por parte del juez, con la consecuente paralización del mismo, o puede ser producto del activismo judicial, que tiene como una de sus manifestaciones a la orden para actuar pruebas de oficio.

2.4.6.3. La ley 30293 y las pruebas de oficio en el proceso civil

El instituto procesal de la prueba de oficio se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Civil, siendo que la regulación primigenia fue de la siguiente manera:

Artículo 194.- Pruebas de oficio.-

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.

Este artículo fue modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 30293, publicada el 28 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 194.- Pruebas de oficio

Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.”

a) Prueba de oficio: ¿facultad o deber?

El jurista y *amicus curiae* en la Audiencia del X Pleno Casatorio Civil (CAVANI BRAIN, 2018) refiere que cuando hablamos del artículo 194 CPC es importante reflexionar ante qué situación jurídica estamos. Se suele decir que sería una especie de poder probatorio del juez, pero tiene mayores particularidades que vale la pena identificar. Es posible hablar al menos de cuatro características de este poder, a partir de un examen analítico de dicha disposición normativa. Es posible discutir si es que la situación jurídica de titularidad del juez que habilita a ordenar la práctica o incorporación de un medio probatorio no solicitado por las partes es, realmente, una facultad, un poder o un deber. Aquí es necesario un trabajo analítico mucho mayor que el que se ha realizado hasta ahora en la doctrina peruana. Solo a manera de ejemplo, Alfaro Valverde (2016, pp. 258-259) entiende que estamos ante un poder (que equipara a “potestad”), pero, simultáneamente, propone hablar de “iniciativa” que, según él, sería un “derecho a hacer una propuesta”. Entonces, si la potestad, según se suele entender, es un poder-deber, ¿el juez tiene un “derecho”, pero, a la vez, un poder y, *además*, un deber? El tema es complejo. Lo cierto es que ya no definiendo lo que escribí hace un tiempo (2015), en el sentido de que esta situación jurídica sería un deber. Asumiré, por lo pronto, que se trata de un poder.

El mismo autor (CAVANI BRAIN, 2018), advierte que esto no es algo ajeno a nuestro marco normativo: el artículo 51 inciso 2 CPC otorga al juez como “facultad”, el “ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes”. Desde una interpretación que considero plausible, esta disposición -bastante vaga, por cierto- expresa cuando menos una norma que le permite al juez organizar el material probatorio, lo cual implica desarrollar una adecuada metodología para elaborar los vínculos entre hechos (esenciales) y medios de prueba. El empleo de esta metodología debería revelar, cuando menos, dos preocupaciones: i) determinar a priori si un hecho tiene un medio de prueba que lo respalde; y ii) determinar la calidad de tales medios de prueba.

b) Límites

Con la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal realizado por la ley 30293, se pueden advertir con un mayor grado de facilidad los límites de la actuación de la prueba de oficio, entre ellos se tienen los aspectos de: presupuestos habilitantes, oportunidad y límites de actuación.

Presupuesto Habilitante: Se trata de un poder que puede ejercitarse a partir de la falta de esclarecimiento o probanza de algún hecho esencial, es decir, de un hecho que conforma el objeto litigioso del proceso. Esto es lo que el CPC denomina “insuficiencia en la formación de la convicción judicial”.

Oportunidad: El único momento en el que se puede utilizar el poder probatorio es después de la actuación probatoria, cuando el juez ya se encuentra por sentenciar, dado que es en esa etapa en la que podrá advertir que la hipótesis fáctica formulada no se encuentra aun suficientemente corroborada. La “falta de convicción” se da, por tanto, tras la valoración probatoria.

Límite: Del propio artículo 194 se desprende una norma prohibitiva. En efecto, se lee que, para el uso legítimo de dicho poder, “el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria”. Este enunciado dista de ser un mero consejo: esa negación (“no reemplazar”) representa una auténtica restricción, un límite para la prueba de oficio, sobre todo teniendo en cuenta lo que no se debe vulnerar: la “carga probatoria” de las partes. En primer lugar, existen muchas cargas procesales (en plural). La carga de probar (o, también, *carga de corroboración*), prevista legislativamente en el artículo 196 CPC y que ha sido objeto de incontables trabajos de la procesalística. Esta carga consiste

en una regla de juicio que funciona a modo de desempate, a fin de determinar al vencedor en los casos en que hay insuficiente probanza de uno o más hechos esenciales. Así, dependiendo el caso, debe perder, pues, quien tenía la titularidad de la carga de corroboración del hecho que no se llegó a probar. Si el demandante alega que se celebró un contrato verbal, pero no lo llega a probar, entonces debe perder. En el caso del demandado, si es que alega que existió pago y no lo llega a probar, entonces vence el demandante porque el artículo 1229 del Código Civil indica que la prueba del pago corresponde a “quien pretende haberlo efectuado”, pero siempre que este pruebe la existencia de la deuda. Así, la asignación de titularidades de la carga de corroboración realizada por ley implica un deber del juez de resolver de una determinada manera si es que, luego de valorar, constata la falta de corroboración del hecho alegado por una de las partes. Pero nótese aquí cómo es que el poder consagrado en el artículo 194, teniendo como presupuesto la falta de probanza, se muestra como otra alternativa a la aplicación de las normas de la carga de corroboración.

En el artículo 194 del CPC, el juez no resuelve la controversia, dando como perdedor a quien no cumplió con su carga, sino que incrementa el acervo probatorio para buscar aproximarse más a la verdad. Se trata de una auténtica bifurcación de caminos. Empero, ¿cuál elegir y cuáles serían los criterios para optar por uno o por otro? Sinceramente, no veo la forma de cómo emplear la prueba de oficio sin reemplazar la carga de corroboración de las partes.

2.4.6.4. Fundamentos de regulación

a) Fundamentos doctrinarios y filosóficos:

(MARTEL, 2015) expone que “Todo justiciable involucrado en un proceso judicial espera que su resultado ocurra dentro de un plazo razonable, y con decisión sobre el fondo del asunto. En el Perú se genera dilación procesal por parte de los órganos jurisdiccionales cuando ordenan pruebas de oficio sin observar los límites en esta materia, y en particular cuando la segunda instancia, en lugar de ordenar la actuación de oficio, opta por anular la sentencia para que sea el juez de primera instancia quien la actúe y valore”.

b) Fundamentos normativos:

En este acápite damos a conocer una visión panorámica de la regulación de la prueba de oficio en los diversos ordenamientos jurídicos procesales que además responden a diferentes sistemas o escuela procesales.

Conforme expone (GAITÁN GUERRERO, 2010); sostiene que la prueba de oficio ha sido regulada en diferentes ordenamientos jurídicos, a saber:

✓ Francia: Código de Procedimiento Civil:

“Artículo 10 - El Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles.”

✓ Estados Unidos: Federal Rules of Evidence

Regla 614. Llamado e Interrogación de testigos por la Corte

- (a) Llamada por la corte. La corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados.
- (b) Interrogación por la corte.- La corte puede interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes.

Regla 706. Expertos señalados por la corte

(a) Cita. La corte puede según lo disponga por si misma o por las partes incorporar una orden para demostrar causa porqué los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos.

La corte puede designar cualquier testigo experto acordado por las partes, y puede designar los testigos expertos de su propia selección. La corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta su actuar. (...)

✓ España: Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España

Artículo 429: Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio:

1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. (...)

Artículo 435: Diligencias finales. Procedencia.

1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

1º No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

2º Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3º También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

✓ Italia: Código de Procedimiento Civil

Artículo 117. Interrogatorio no formal de las partes.

En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores.”

Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas.

El juzgador podrá ordenar a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento

Penal.

Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116. Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras.

Artículo 439. Poderes instructorios del juez.

El juez puede disponer de oficio todos los medios de prueba que considere oportunos. Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil.

c) Fundamentos jurisprudenciales

Como marco jurisprudencial se trae al análisis la Sentencia de **CASACIÓN N° 3349-2015-CUSCO** de fecha 29 de noviembre del 2016, sobre Otorgamiento de Escritura Pública, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declara **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por el demandado Eduardo Condori Quenta y **NULA** la sentencia de vista, que declara Confirma la Sentencia de Primera Instancia que declara Fundada la demanda.

La *ratio decidendi* del Tribunal Supremo fue consecuencia del análisis de la finalidad del proceso civil y los poderes del juez en su calidad de director del proceso para cumplir con esa finalidad. Así expuso lo siguiente:

“**NOVENO.-** Que, en ese sentido se han pronunciado en forma reiterada las diferentes Salas de esta Suprema Corte, así tenemos: “*Que el artículo 194 del Código Procesal Civil es determinante al permitir al Juez ordenar de oficio la actuación de medios probatorios que considere necesarios, sin establecer limitación alguna; los mismos que pueden servir para complementar la actividad probatoria o para sustituirla por la adjuntada por las partes*” “*Los juzgadores atendiendo a los fines del proceso consagrados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y acorde con la facultad que establece el artículo 194 del código adjetivo, pueden incorporar al proceso los medios probatorios de oficio que estimen convenientes.*”, “*Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, resultando ello una facultad discrecional del Juez, y no un imperativo*”, “*No debe perderse de vista que el proceso es un instrumento a través del cual se trata de alcanzar el valor supremo de todo ordenamiento jurídico que es la justicia; en nuestro Código Procesal ha sido concebido, en el artículo III del Título Preliminar, como un fin abstracto; en ese sentido, este Supremo Tribunal considera que como regla general, en todo proceso, se debe procurar llegar a establecer la verdad material objetiva, sustentada en medios probatorios idóneos y concretos, aportados por las partes o incluidos de oficio, con lo que se estará emitiendo una decisión materialmente justa. (...) debe ser confrontado con los demás medios probatorios aportados al proceso y de ser el caso –si las pruebas son insuficientes– debe incorporarse pruebas de oficio, todo con el único objetivo de buscar la verdad material objetiva, pues de lo contrario*”

importaría emitir una decisión injusta, que obviamente atenta contra el derecho a un debido proceso en su acepción sustantiva”, “La actuación de pruebas de oficio, si bien no constituye un deber del Juez sino una facultad discrecional, en aquellos casos en que las pruebas existentes resultan insuficientes para causar convicción, puede ordenar en decisión motivada e inimpugnable la actuación de medios probatorios adicionales. Sin embargo, esta discrecionalidad se convierte en deber, cuando el Magistrado, en su condición de director del proceso debe impulsarlo por sí mismo conforme lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil debidamente concordado con el artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

DÉCIMO.- En cuanto a la doctrina contemporánea, con acierto Ledesma Narváez, sostiene que: “La nueva expresión del dispositivo a través del llamado principio de aportación, señala que las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos fácticos de sus pretensiones, los hechos y los medios de prueba; pero esto último no es exclusividad de las partes. El Juez no se limita a juzgar sino que se convierte en un verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, orientados no solo a garantizar el derecho de las partes sino principalmente a valores e intereses de la sociedad. (...) La facultad probatoria del juez, por regla general, debe desarrollarse dentro de los límites que señalan los hechos de las partes que es materia del debate, pero esos límites pueden ser superados cuando se advierte la posibilidad de actividad fraudulenta en el proceso. (...) El Juez no se haya limitado o condicionado a la previa actividad probatoria de las partes, por el contrario, el Juez podrá complementar la prueba producida por las partes y aun en casos que estas no hayan producido prueba alguna, en ejercicio del poder deber que se le otorga puede y debe suplirla y ello aunque las partes hayan cumplido su carga probatoria por omisión, negligencia o insuficiencia.”. Por su parte, Blanco Gómez, señala: “La prueba de oficio no es una creación estéril, carente de significación práctica. Todo lo contrario, busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el descubrimiento de fraudes en detrimento de terceros y de evitar sentencias inhibitorias y nulidades.”.

En cuanto a la prueba de oficio el profesor Hernando Devis Echandía ha señalado que el juez en tanto sujeto principal de la relación jurídico procesal y del proceso, le corresponde decretar oficiosamente toda clase de pruebas, que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos que interesen al proceso. Para Coaguila Valdivia: “Es posible pues la subsistencia de la prueba de oficio en un contexto probatorio de respeto de los derechos de defensa y dentro de criterios de razonabilidad, que impidan la transformación del Juez en absoluto ayudante de las partes. Hay que tener presente además que la finalidad de los medios probatorios según el artículo 188 de nuestro Código Procesal Civil implica finalmente producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos”. Para el jurista Michele Taruffo el poder del Juez para disponer pruebas de oficio constituye una función «activa» en la adquisición de pruebas, más no «autoritaria». La función «activa» es integrativa y supletiva (sic) respecto de la actividad probatoria de las partes, con la consecuencia de que cuando éstos ejercitan completamente su derecho a deducir todas las pruebas disponibles y por consiguiente suministran al Juez elementos suficientes para la verificación de los hechos no hay ninguna necesidad de que el Juez ejercite sus poderes. Absolutamente diferente sería una función inquisitoria y autoritaria de un Juez que adquiriera las pruebas de oficio de propia iniciativa y expropiando a las partes los derechos y las garantías que ellos esperan en el ámbito del proceso

2.4.6. LA REBELDÍA

2.4.6.1. Naturaleza jurídica

Para (REIMUNDÍN, 2013), desde el punto histórico, el tratamiento de la rebeldía ha sido considerado, por un lado, como sanción entre los que entendían que se infringe una obligación de defensa y, de otro lado, los que entienden que solo se trata de una renuncia a la defensa. “Los que vean en el proceso un medio de pacificación jurídica harán derivar de la contumacia la *ficta confessio* y la sentencia condenatoria como consecuencia de la infracción de una obligación; mientras que los que conceptúan el proceso como uno de los varios medios posibles para obtener la certeza

jurídica, desvinculándolo del Derecho, adoptarán un criterio más objetivo y tratarán la contumacia como simple inactividad.

Nuestro Código Procesal Civil, asume una posición intermedia, ya que si bien considera que no se trata de una obligación el contestar la demanda, tampoco la asume como una “simple inactividad”. En efecto, la contestación de la demanda la considera como una carga procesal, que no es una obligación. Mas, como carga procesal, el no contestar la demanda, si bien no se le aplicarán sanciones ni puede obligarse al demandado a que conteste la demanda, se le declarará rebelde y, ello, puede traer como consecuencia la posibilidad del juzgamiento anticipado del proceso, evidentemente a favor del demandante, con base en la presunción relativa de verdad.

2.4.6.2. Conceptos

El Instituto jurídico procesal de la rebeldía ha tenido un vasto desarrollo en la literatura jurídica, así vemos:

ROCCO (1976), nos dice que, la contumacia o rebeldía, consiste en la no constitución de una parte (actor o demandado) o de ambas partes (actor y demandado) en el proceso.

Citando a (LEDEZMA NARVÁEZ, 2008), nos dice que la rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de éste en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado. La parte puede apersonarse al proceso y no contestar la demanda e incurrir en rebeldía.

En consecuencia, referirnos a la rebeldía, presupone la inacción del demandado para contestar la demanda dentro de un plazo legal determinado, no teniendo la obligación para hacerlo, pues al ser notificado con la demanda, éste optará por contestarla o no, lo que presupone que la contestación de la demanda no es coercitiva sino meramente facultativa. Por lo tanto, nuestro ordenamiento procesal no obliga a contestar la demanda, sino que faculta al demandado para hacerlo.

El profesor ZUMAETA MUÑOZ, con relación al apersonamiento del rebelde al proceso, nos dice que el juez deberá decretar el cese de estado de rebeldía y como al apersonarse ha constituido domicilio procesal dentro del radio urbano, las futuras notificaciones serán remitidas al indicado domicilio.

2.4.6.3. La rebeldía procesal en el derecho comparado

Veamos la forma en que ha sido regulado el instituto jurídico de la Rebeldía en el derecho comparado, sobretodo Europa y Latinoamérica.

a) Modelo Italiano: Codice di Procedura Civile de 1940/1942

En el Codice di Procedura Civile que derogó el de 1865, la rebeldía es considerada como un comportamiento «neutral», es decir, que la no constitución de una parte al juicio, no es considerada como reconocimiento tácito de las alegaciones del demandante, por lo contrario, se ha optado por el principio, procedente del derecho francés: ficta contestatio, por el cual se finge, la negación o disconformidad de los hechos alegados por el demandante, ante la no constitución del demandado, declarado en rebeldía.

La rebeldía regulada en el Código Procesal italiano de 1942, se da esencialmente por la incomparecencia de una parte a audiencia ante el Juez instructor (véase los arts. 171, 291, y 303.3 CPC/1942).

b) Modelo Francés: Code de Procédure Civile de 1975

El Code regula la institución procesal de la «oposición», la cual está dirigida a obtener la revocación de una sentencia dictada en rebeldía. Es así, que mediante dicho mecanismo que dicho sea de paso, sólo puede ser interpuesta por única vez por el rebelde, se vuelve a someter al mismo tribunal las cuestiones resueltas, procediéndose a un nuevo enjuiciamiento fáctico y jurídico, por ello, el rebelde habrá de expresar sus fundamentos.

c) Modelo Alemán: El ZPO o Zivilprozessordnung

El Código Procesal Civil Alemán (Zivilprozessordnung, en adelante ZPO), específicamente en el § 331, prescribe que si el demandado no comparece a la audiencia, a petición del demandante, se puede dictar sentencia contumacial, teniéndose por admitidas las alegaciones del actor relativas a los hechos. Tal consecuencia se dará cuando esté en juego o discusión «derechos disponibles».

En definitiva, como puede verificarse, si bien la contumacia o rebeldía en el proceso alemán trae consigo una consecuencia muy drástica, no puede soslayarse de la existencia de un medio impugnatorio que posee dicho sujeto procesal tiene contra la sentencia (dictada en rebeldía), el cual no es el de apelación, sino el de «oposición» (vid. § 514 apartado I, ZPO).

d) Modelo Español: Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC/2000)

En la legislación procesal española la regla general no es que la consecuencia de la declaración de rebeldía tenga por admitidos las alegaciones fácticas de la demanda, sino ello viene a constituir solo una excepción que se origina cuando la ley de manera expresa lo disponga, como sucede en los supuestos de desahucio de finca urbana por falta de las rentas o cantidades debidas (art. 440.3 LEC)

e) Modelo Colombiano: Código General del Proceso de 2012/2016

En lo que respecta a este nuevo Código Procesal (Ley N° 1564), que entró en vigencia el 01 de enero de 2016, podemos señalar que, la no contestación de la demanda también trae efectos severos para demandado. Así, si nos remitimos al artículo 97 de dicho cuerpo legal, observamos que aquel prescribe:

“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto (...)”.

2.4.6.4. Efectos de la rebeldía

a) Teoría de la *ficta litis contestatio*

(FERNANDO ORELLANA TORRES Y ÁLVARO PÉREZ RAGONE, 2007) sostienen que: “Se puede decir que el sistema de la *ficta litis contestatio*, posee una consecuencia diversa o contraria al sistema de la *ficta confessio*, toda vez que, en el primero ante la incomparecencia del demandado en el proceso judicial, traerá como consecuencia, la presunción que éste se opone o contradice todos los hechos alegados por el demandante.

En efecto, la consecuencia lógica de la *ficta litis contestatio* es que el tribunal no puede suprimir la fase probatoria del proceso en defecto, ya que todos los hechos alegados por la parte compareciente

deben reputarse como contradichos por el defectante, y por ende, deberán ser objeto de análisis por el tribunal a la luz del derecho probatorio.

El sistema de la *ficta litis contestatio* parte de la ficción de la oposición total del rebelde a lo alegado por la contraparte. Ello implica que no puede eludirse la necesidad de faz probatoria. Si todo lo alegado por la parte no rebelde es considerado fictamente como objetado por qué no colabora con el proceso, todos los hechos invocados divienen en contradictorios y consecuentemente susceptibles de ser analizados por el juez a la luz de las exigencias probatorias. Es así que por un lado pueden producirse pruebas vinculadas con alguno de los hechos, y por otro lado entran en juego las reglas de la carga de la prueba.

b) Teoría de la presunción relativa de verdad

La Corte Suprema de Justicia del Perú, en la **CASACIÓN N° 3127-2015- LIMA ESTE**, ha señalado que:

“La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que el Juez en resolución motivada adopte otro criterio, como exige el inciso 4 del artículo 461 del código adjetivo, de donde resulta: a) que la presunción legal es una consecuencia de la declaración de rebeldía, que no requiere de resolución expresa y que corresponde apreciar en sentencia; y b) que la presunción relativa es *iuris tantum*, esto es, sujeta a probanza y, por tanto, no exime al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión”.

c) Teoría de la presunción de la verdad de hechos lícitos

Para QUEVEDO, RAÚL (2013), Así como el silencio en el campo del derecho civil es, en principio, inexpressivo, todo lo contrario ocurre en el proceso, en el cual los hechos afirmados (posiciones) por el actor que no son objeto de negación expresa en el responde, pueden ser considerados por el juez como admitido

La rebeldía declarada constituye una presunción de reconocimiento sobre los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere, de modo tal que la sentencia se dictará según esta pauta y el mérito que ella merezca. Inmediatamente se argumenta que en caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración. Esta duda se vincula con cuestiones fácticas que provienen de la dificultad de probar los hechos que se afirmen. Se observa, entonces, cuál es la dualidad de criterios. Mientras por un lado se dispone que la rebeldía crea una presunción de certeza sobre los hechos lícitos; por otro se argumenta que el proceso obtendrá sentencia según el mérito implícito que el mismo tenga

d) Teoría de la *ficta confessio*

En el sistema de la *ficta confessio* (o confesión tácita o presunta), se presume a quien pese a estar debidamente notificado en un proceso, no comparece a éste (o inasiste a una audiencia programada), reconociéndose de manera tácita, como verdaderos los hechos alegados por su contraparte, por lo general, demandante. En dicho sistema, «los hechos alegados por una de las partes se consideran como aceptados y reconocidos por la otra que habiendo tenido oportunidad para controvertirlos y en su caso probar en forma contraria, no lo hizo», aun cuando ellos simplemente respondan a una «ficción», es decir, pueden no corresponderse con una realidad expresamente alegada y fictamente reconocida, sobre la que se asentará una sentencia. Sin embargo, dicha consecuencia gravosa que puede implicar una sentencia definitiva contraria a la parte rebelde se compensa con las posibilidades abiertas y flexibles de medios de impugnación recursivos o de oposición que permitan revisar la sentencia dictada y en su caso retrotraer el proceso a una instancia

o etapa en la que se le permita a la parte perjudicada por su rebeldía hacer valer sus derechos precluidos de ejercicio.

Se considera que tiene lugar esta confesión no solamente por la no comparecencia a una audiencia sino incluso por el solo hecho que no manifestarse dentro de los plazos establecidos. Ahora bien, se señala que los modelos germanos han sido históricamente identificados con este tipo de sistema. Ejemplo de ello, tenemos el ZPO alemán y el ZPO austriaco, legislaciones procesales civiles que han sido descritos de manera sucinta en el capítulo V de la presente investigación.

Para (FERNANDO ORELLANA TORRES Y ÁLVARO PÉREZ RAGONE, 2007) “La *ficta confessio* se funda en la posibilidad y necesidad de decidir de acuerdo a lo alegado por la parte diligente. Así es consecuente con el premiar la conducta cooperativa de las partes con el proceso haciendo valer sus medios de agresión o defensa. De esta forma los hechos alegados por una de las partes se consideran como aceptados y reconocidos por la otra que habiendo tenido oportunidad para controvertirlos y en su caso probar en forma contraria, no lo hizo”.

2.4.6.5. El caso peruano

a) Rebeldía procesal:

Un tema relevante es que para nuestro sistema procesal, no es suficiente el simple apersonamiento señalando domicilio procesal y designando abogado para impedir la declaración de rebeldía, como mayoritariamente lo considera la doctrina, sino que es indispensable, que el demandado conteste la demanda y evite de esta manera ser declarado rebelde.

Ahora bien, en un ordenamiento procesal donde prima la ideología del publicismo, cabe la alternativa de que el propio juez de oficio pueda declarar la rebeldía de una de las partes, porque el impulso procesal compete tanto a estas como al juzgador.

El fundamento esencial de la rebeldía, es que el proceso está integrado por dos partes procesales, por lo tanto, la incomparecencia del demandado no puede perjudicar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, no siendo razonable que el proceso se detenga por la incomparecencia del primero. De esta manera también, se presenta en caso de que incurra en rebeldía el demandante, porque también estaría perjudicando el derecho a que se emita un pronunciamiento definitivo que libere al demandado de la pretensión planteada en su contra.

✓ Según el Código de Procedimientos Civiles de 1912

Según el artículo 193 del citado cuerpo legal, se configuraba la rebeldía, cuando se trata de absolver posiciones, reconocer documentos o practicar otros actos determinados en este Código, se sujetará a lo que dispone en los títulos respectivos. Por lo tanto, bajo tal óptica, podemos inferir que podría ser considerado rebelde el litigante, ya sea demandante o demandado, quien no ejecutaba ciertos actos procesales. Es así, podía ser declarado rebelde, no sólo quien haya incumplido con absolver posiciones (artículo 215 CPC/1912) o reconocer documentos; sino además, aquellos litigantes que a pesar de exigírsele nombrar un apoderado para el pleito, por encontrarse en lugar distinto de aquel sujeto de quien se sigue, ignoraban tal mandato, o quienes siendo sordomudos o ciegos no litigaban con apoderado (artículo 12 CPC/1912), así, podía ser declarado en rebeldía, en los casos de separación del mandatario, ya sea por inhabilidad legal o muerte, cuando el mandatario no compareciera a juicio por sí o por apoderado (artículo 17 *in fine* y artículo 18 CPC/1912), o pasado 8 días sin verificarse las costas y multa en que hubiese incurrido el recusante (artículo 84 CPC/1912), entre otros que el código disponía.

✓ Según el Código Procesal Civil de 1993

La declaración de rebeldía tiene que responder a ciertos presupuestos, uno de ellos es la notificación válida y oportuna al demandado, esto es, la citación debe ser practicada en debida forma, en el domicilio de la parte. Otra situación a contemplar es verificar que la rebeldía se declare una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda. La declaración de rebeldía no requiere de la petición de la parte contraria; el juez debe declararlo de oficio en aras de impulsar el proceso por sí mismo a fin de evitar la demora de este (ver el artículo II del Título preliminar). No procede declarar la rebeldía de los terceros que son citados para intervenir en el proceso y no comparecen dentro del plazo que se les conceda al efecto, ya que la actitud solo los expone al riesgo de ser alcanzados por los efectos de la sentencia de la misma manera que las partes originarias. Solo hace excepción a esa regla la incomparecencia de quien es citado como litisconsorte necesario a fin de procederse a la integración de la litis.

Por último, es importante señalar que el tema de la rebeldía no afecta el principio de bilateralidad del proceso porque lo vital del principio es que toda actividad que se realice en el proceso sea de conocimiento de las partes oportunamente, allí se agota el principio sin que sea necesario para su materialización su intervención o su asentimiento.

b) Panorama actual

✓ Requisitos

El demandado sea una persona determinada y cierta:

En principio, debemos tener en cuenta que a quien demandamos debe ser un sujeto determinado y cierto, conforme lo preceptúa el inciso 3 del artículo 424 del CPC, que señala: “La demanda se presenta por escrito y contendrá: (...) 3. El nombre y la dirección domiciliaria del demandado (...)”.

El demandante haya señalado el domicilio del demandado

De otro lado, no basta que dicho demandado sea una persona determinada y cierta, sino que además es imperativo que el demandante en su escrito postulatorio de demanda consigne el domicilio del demandado o su “dirección domiciliaria», como prescribe el Código Procesal Civil (424.3 CPC/1993), toda vez que éste constituye el asiento jurídico de la persona, su sede legal, el territorio donde se encuentra para imputarle posiciones jurídicas, para atribuirle derechos o deberes”.

El demandado haya sido debidamente emplazado

Para dicho fin, debe efectuarse una correcta notificación, y ello puede darse a través de la notificación por cédula (vid. los arts. 158, 159, 160, y 161 del CPC/1993), o mediante comisión o exhorto, de ser el caso (vid. los arts. 151, 152, 153 y 154 del CPC/1993).

En efecto, tal emplazamiento debe ser válido, es decir, libre de vicios o impedimentos que acarreen su posterior nulidad, y ello, puede ocurrir cuando por ejemplo, existe una devolución de cédulas de notificación por parte del notificador, emitiendo una justificación o «razón» por la cual la hace o cuando simplemente un tercero no interviniente en el proceso, devuelve las cédulas de notificación, señalando que el demandado residía en tal lugar, pero en la actualidad no lo hace o que nunca lo hizo, siendo el órgano jurisdiccional el encargado de resolver tal hecho jurídico, previo traslado a la parte demandante a fin que efectúe sus descargos respectivos”.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el emplazamiento válido con la demanda no sólo es indispensable para la declaración válida de la rebeldía, sino que además produce efectos jurídicos sumamente relevantes en el proceso judicial, conforme lo preceptúa el artículo 438 del CPC.

✓ **Efectos**

Los efectos jurídicos de la declaración de rebeldía pueden ser de orden procesal y material. La primera de ellas, se da como resultado de aplicación de una norma jurídica de carácter procesal o instrumental, mientras que la otra, se da como consecuencia de la aplicación de una norma jurídica material o sustantiva al interior del proceso judicial.

En sentido, a nivel jurisprudencial, tenemos que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la **CAS. N° 3399-2012-ICA** de fecha 16 de agosto de 2013, ante el “juzgamiento anticipado del proceso” en los casos de rebeldía señaló:

Quinto. - (...) corresponde indicar que el artículo 461 del Código Procesal Civil establece que la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demandada estando el juez de la causa facultado para obviar la etapa probatoria normal cuando cualquiera de las partes ha aportado elementos de juicio suficientes que generan su convencimiento igualmente cuando la prueba aportada sea exclusivamente documental y por tanto no hay necesidad de su actuación en audiencia correspondiendo al juez en tales casos comunicar su decisión de emitir sentencia.

✓ **“Derechos” del rebelde**

Comparecencia del demandado rebelde:

Antes de la sentencia definitiva

En principio, el litigante rebelde puede incorporarse al proceso como parte en cualquier estado del mismo, sujetándose al estado en que se encuentre. No es posible retroceder respecto de los actos procesales ya precluidos. Es indudable que esta disposición es aplicable para el rebelde voluntario, es decir, aquel que habiendo sido emplazado correctamente, habiendo tomado conocimiento de la existencia de la demanda en su contra, no comparece ni contesta la demanda. El demandado rebelde puede ejercer los derechos que le corresponden a partir de su apersonamiento al proceso.

Después de la sentencia definitiva

El litigante rebelde puede apersonarse al proceso aun cuando este se encuentre en la fase de ejecución. Indudablemente, la regla de que asume el proceso en el estado que se encuentre es aplicable también para estas situaciones, sin que sea posible retrotraer el proceso a los actos ya precluidos. Si se trata de un rebelde voluntario, la sentencia definitiva y firme no puede ser destruida.

2.4.6.6. Análisis crítico-valorativo de la rebeldía y su función en el proceso

Cuando cualquiera de las personas que intervienen o que deben intervenir en un proceso omite el cumplimiento de los actos procesales dentro de la correspondiente dimensión temporal genera inactividad, la misma que puede ser específica y genérica.

La rebeldía es una expresión de inactividad específica. Se configura con respecto a la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de la citación. No debe confundirse la rebeldía con la omisión en que puede incurrir cualquiera de las partes en el cumplimiento de actos procesales particulares, pues esa actitud solo determina la pérdida de la oportunidad de ejecutar el acto omitido, pero no repercute en la estructura total del proceso. En cambio, la inactividad procesal genérica implica la omisión de un número indeterminado de actos procesales. La inacción es absoluta y produce el abandono.

Como ya se ha señalado, uno de los efectos que genera la rebeldía en el proceso es la ausencia de controversia frente al conflicto de intereses. La controversia, según ATILIO GONZÁLEZ, "es la contingencia procedimental consistente en la probabilidad que el conflicto sea discutido; es decir, la

eventualidad que el sujeto pasivo de la pretensión discuta, contradiga o controvierta la existencia misma del conflicto afirmado por su contraparte".

Por otro lado, la ausencia efectiva de controversia que involucra el proceso en rebeldía no exime al juez de la necesidad de dictar una sentencia que contenga una solución justa al conflicto. Si el juez lo considera necesario, podrá actuar medios probatorios de oficio, tendientes a verificar los hechos alegados. Las excepciones que regula el artículo 461 del código así lo permiten, siempre y cuando el juez declare en resolución motivada que no le produce convicción.

Como bien asevera (ARIANA, 2011), una cosa es establecer que las partes pueden ofrecer (incluso preclusivamente) sus pruebas cuando (como decía el CPC de 1912) ya está fijado el "asunto que se litiga" y respecto de "los hechos aducidos en el juicio y que no se haya convenido expresamente la parte a quien perjudican", vale decir cuando ya se ha producido la contestación de la demanda, y otra muy distinta es que se les imponga ofrecer todas sus pruebas en sus actos iniciales y en la total oscuridad sobre cuál, en definitiva, será el objeto del proceso, pues aquél está aún todo por determinarse en la resolución que fija los "puntos controvertidos", vale decir, antes (incluso) que se sepa si el proceso seguirá adelante (pues el proceso puede "morir" porque se estima alguna excepción *ex* artículo 451 CPC o porque el juez emite el auto *ex* artículo 465 inc. 2 CPC y, sobre todo, antes de saber a qué se contrae realmente el *tema probandum* (que en definitiva debería fijarse en ya citada resolución, o sea en un momento en el que ya hace rato que se ofrecieron las pruebas)

2.5. HIPÓTESIS:

2.5.1. Hipótesis General:

- ✓ En el sistema normativo peruano, no resultaría legal la actuación del juez por la cual admita de oficio algún medio probatorio ofrecido por el declarado rebelde en el proceso civil, toda vez, que conforme a las normas constitucionales armonizadas con las procesales, y la jurisprudencia convergen en establecer que el derecho al ofrecimiento de pruebas está restringido por regla general a la etapa postulatoria.

2.5.2. Hipótesis Específica:

- ✓ Según las normas del Código Procesal Civil peruano, tales como el Principio de Formalidad y de Preclusión y la expresa determinación del Artículo 189 del Código Adjetivo, permite adelantar que no resultaría legal la admisión de oficio del algún medio probatorio ofrecido por el declarado rebelde.
- ✓ Sí procedería una reforma legal, encaminada a flexibilizar el proceso civil a fin de no restringir el derecho al ofrecimiento de pruebas a la etapa postulatoria.

CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. ENFOQUE:

El enfoque dado a la presente tesis es cualitativo, reposado en análisis legal, jurisprudencial, doctrinal.

3.2. DISEÑO:

El diseño de la presente tesis es cualitativo, el objeto de estudio induce a utilizar un diseño basado en el análisis de teoría fundamentada.

3.3. NIVEL:

Por el propósito y las características básicas de la tesis, la presente se ubica en el nivel descriptivo-explicativo.

3.4. TIPO:

Por su finalidad es Básica. Según la problemática advertida en el desarrollo de nuestro tema, la tesis resulta ser de naturaleza básica en tanto subrayamos los fundamentos que nos permiten sustentar nuestra hipótesis de investigación.

3.5. SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN:

Dado el tipo y naturaleza de la presente tesis, referimos que la muestra de nuestro estudio está basado en el análisis la Legislación Nacional, así como las normas del Código Procesal Civil de 1993, la jurisprudencia nacional en sus diferentes instancias, la doctrina nacional y extranjera que comparta la misma tradición jurídica y/o sistema procesal.

3.6. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS:

El método aplicado en la presente tesis es la investigación en base a la legislación nacional respecto de los poderes del juez para admitir las pruebas de oficio que haya sido ofrecida por la parte emplazada a quien la judicatura declaró en rebeldía; el mismo que resulta ser un método deductivo, porque estudia el problema desde el todo hacia las partes. Es decir, analiza el concepto para llegar a los elementos de las partes del todo, a través de las fuentes del derecho. Para este efecto, se ha hecho uso de libros especializados en la materia, revistas, informes jurídicos, tesis para optar grado de maestría y licenciatura en Derecho, el Sistema Peruano de Información Jurídica y la jurisprudencia sistematizada del Poder Judiciales, entre otros.

3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

Técnicas de recolección de datos: De laboratorio.

Instrumentos de recolección de datos: Revisión bibliográfica y fichaje

Fuentes del derecho:

- ✓ La legislación nacional.
- ✓ La jurisprudencia.
- ✓ La tradición jurídica.
- ✓ La doctrina o literatura jurídica.

3.8. ASPECTOS ÉTICOS:

La presente investigación ha cumplido con respetar las normas establecidas por la Universidad Nacional de Piura y considerando el Código de Ética, que es el conjunto de normas morales, que rigen la conducta humana. Asimismo, velará por el respeto al Derecho de Autor, así como a la sana crítica a los postulados de los tratadistas, judicatura y al legislador que ha participado en los temas materia de investigación.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN
OFICINA CENTRAL DE INVESTIGACIÓN



FORMATO N°7

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

"Proceso Civil: la admisión ^{Título} oficiosa de medios probatorios tras la declaración de rebeldía"

Mster Smit Alberca Chequicandor, identificada con DNI N° 70053630, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el proyecto de TRABAJO DE INVESTIGACIÓN que presento es original e inédito, no siendo copia parcial ni total de proyecto de tesis desarrollada, y/o realizada en el Perú o en el Extranjero, en caso contrario de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Huella Digital

Piura, 29 de junio del 2019

Mster Smit Alberca Chequicandor
70053630

CAPÍTULO IV. PROBANZA DE LA HIPÓTESIS

En el presente capítulo realizaremos la probanza de las hipótesis planteadas en la presente investigación a partir del análisis jurídico, jurisprudencial, dogmático y social de las instituciones jurídicas que se convergen en las hipótesis propuestas.

4.1. EN EL SISTEMA NORMATIVO PERUANO, NO RESULTARÍA LEGAL LA ACTUACIÓN DEL JUEZ POR LA CUAL ADMITA DE OFICIO ALGÚN MEDIO PROBATORIO OFRECIDO POR EL DECLARADO REBELDE EN EL PROCESO CIVIL, TODA VEZ QUE SU DERECHO AL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS ESTÁ RESTRINGIDO A LA ETAPA POSTULATORIA.

Para resolver con el mayor grado de acierto esta conjetura, es necesario tener un marco claro de la realidad problemática que se ha traído a debate en el presente trabajo.

En primer lugar, debemos tener muy en claro, que el proceso judicial más allá de su discutida independencia como disciplina “procesalística” independiente del derecho sustantivo, es un instrumento que permitan efectivizar estos derechos subjetivos; y como tal, deber ser el instrumento más sofisticado, idóneo, célere e igualitario para las partes que hagan uso de él para resolver su conflicto de intereses; en *strictu sensu*, la función del proceso civil es la dotar a las partes de un mecanismo ágil, cognoscible y pre determinado para los sujetos del proceso.

Un gran problema es el que se nos ha creado con la regulación de la prueba de oficio en el vigente Código de Procesal Civil de 1993 - en adelante CPC de 1993 - y la modificatoria del 2014 por el artículo 2 de la Ley 30293, que es objeto de múltiples discusiones a nivel de doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, al que hemos tenido la osadía de añadirle otro problema vinculado a la prueba, nos referimos a las rigidez de la oportunidad otorgada por ley para el ofrecimiento de pruebas o carga de aportación probatoria constreñido por regla general a la etapa postulatoria, y los efectos que esto último trae en aras de que el juez cuente con el mayor acervo probatorio posible para resolver la causa y se forma real convicción de los hechos expuestos por las partes.

Una nota muy particular de la hipótesis formulada es la referida al rebelde procesal y su derecho al ofrecimiento y valoración de pruebas por parte del juez.

El problema plantado de por si es muy complejo para el cual no hay una solución única, ni una verdad absoluta sino una propuesta con mayor grado de aceptación según los argumentos que la sostengan. Bajo esa óptica, lo que tenemos en el tapete del debate jurídico, es la validez legal del acto procesal del juez, por medio del cual ejerciendo su iniciativa probatoria “admita y/o incorpore” la prueba que ofreciere el rebelde procesal una vez transcurrida la etapa postulatoria.

✓ *El derecho constitucional al debido proceso que lleva implícito el derecho a la prueba, la oportunidad probatoria y el régimen preclusivo*

Resulta necesario hacer un análisis constitucional² de la función jurisdiccional y el espíritu constitucional de los principios procesales y normas que recoge el Código Procesal Civil de 1993.

² Para un análisis más profundo léase a CESAR LANDA ARROYO en: “Sobre la Constitucionalización del Derecho: a veinte años de la constitución política del Perú (1993)” publica por la Revista PUCP (2013); en cuyo resumen de su trabajo expone: “La constitucionalización de las distintas áreas del Derecho es un fenómeno cada vez más arraigado en nuestra

La Constitución Política del Perú, en su artículo 1 establece que: “**LA DEFENSA DE LA PERSONA HUMANA** y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Por su parte el Artículo 139° de la Carta Magna establece como principios y derechos de la función jurisdiccional, entre otros: “3.- La **OBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO** y la **TUTELA JURISDICCIONAL**; esto es que, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

El Tribunal constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado por el rango constitucional del Derecho a la Prueba. Así tenemos que en el EXP. N° 00010-2002-AI/TC ha señalado que:

“(…) 148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (…).”

No obstante la calificación del Derecho a la Prueba como Derecho Fundamental Implícito en el Derecho al Debido Proceso, su ejercicio no es ilimitado, sino sujeto a ciertos límites extrínsecos e intrínsecos. Así en el TC en el EXP. N° 04831-2005-HC/TC ha precisado:

- 4. Este Tribunal Constitucional ha señalado (cf. STC N° 010-2002-AI/TC (FJ. 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos-.*
- 6. No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.*

La Carta Fundamental regula el Principio - Derecho a no ser privado del Derecho De Defensa en ningún estado del proceso, que si bien ha sido desarrollado con mayor detalle en el ámbito penal, no ha sido restringido solo este ámbito, y además se ha determinado que su ejercicio no es ilimitado sino circunscrito al deber de diligencia en su ejercicio, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en EXP. N° 0825-2003-AA/TC (FJ. 5):

“No existe violación del derecho de defensa si el estado de indefensión se ha generado por una acción u omisión imputable al afectado. La dimensión constitucional del derecho de defensa exige, pues, que el interesado haya actuado con ‘la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí misma en tal situación, o quien no hubiese

cultura y contexto jurídicos. Tal vez la forma más evidente en que se haya manifestado sea el creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, en la significación y resignificación de conceptos, derechos y principios jurídicos que, a través de sus sentencias, han afectado desde el derecho tributario hasta los derechos humanos. Sea que esto se valore positiva o negativamente, su relevancia para comprender el derecho y sus efectos en la actualidad es innegable”.

quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible' (STC 210/1996). En este sentido, no existe una infracción al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa –y, por tanto, no se genera una indefensión reprochable– en tanto el afectado contó con la posibilidad de pese a existir una posibilidad de defenderse...”

✓ ***La función del juicio civil según el CPC de 1993, el sistema procesal de corte publicista y el juez director.***

Quien mejor que uno de los formuladores del CPC de 1993 (MONROY, 1996) para identificar la esencia del proceso civil instaurado por la nueva norma adjetiva. Es así que para el jurista nacional “el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que permite que la tutela jurisdiccional efectiva pueda prestarse, llamado a intervenir si se verifica alguna crisis efectiva en el plano del derecho material, inclusive de carácter preventivo y hasta abstracto. Y es así, porque una de sus finalidades principales (más allá de la pacificación) consiste en la efectiva realización del derecho material, de modo que se alcance la necesaria justicia del caso concreto”.

A su vez, el destacado jurista reafirma su posición respecto a la actual vigencia del más o menos sistema publicístico que recogen los sistemas procesales en el mundo contemporáneo, para lo cual afirma que: “el sistema publicístico ha pasado a ser en este siglo la alternativa más común y científicamente más aceptable para el diseño de un determinado ordenamiento procesal, al punto que mantener un esquema privatístico es signo de obsolescencia grave o aguda, según se mantengan vigentes ordenamientos estrictamente ceñidos a las tesis decimonónicas del liberalismo individualista, o a los postulados romano – canónica - comunes del *ordo iudiciarum privatorum*”.

En apoyo a esta posición dogmática, el jurista (PEREZ CRUZ MARTIN A. J., 2019) citando al maestro GUASP DELGADO detallando una de las consecuencias fundamentales de la naturaleza institucional del proceso señala que “el proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos procesales sino dentro de ciertos límites que no alteran la idea fundamental del mismo, esto es, que acentúa en el respeto a las formas que imperan las normas del proceso, y que su adecuación y/o moldeabilidad solo es posible dentro de los límites permitidos por la misma ley”.

Bajo esa directriz constitucional que implica el Debido Proceso y el respeto al procedimiento previamente establecido por ley – como garantía de un proceso predecible e imparcial - , así como el espíritu y visión “publicista” del proceso que recoge el actual CPC de 1993, es que se han formulado los Principios Procesales que son las columnas sobre las que reposan los 847 artículos del CPC de 1993.

Destacando la importancia de los principios procesales el célebre procesalista (COUTURE, 1985) resalta: “¿Cómo desenvuelve la ley los mandamientos de la Constitución? Sería una visión muy ingenua la que se limitara a creer que los desenvuelve escribiendo artículos en un código. Una tarea previa a la de escribir artículos en un código, impone determinar los principios que han de regir ese código”.

Es así que entre las directrices más destacadas en el actual CPC de 1993 tenemos al Principio de Legalidad Procesal, de Principio de Preclusión muy íntimamente vinculado al de Formalidad.

El Principio de Legalidad, es un principio general del derecho que sirve para estructurar el sistema jurídico, esto es cumple una función estructural. Para los efectos del proceso tiene su acogida en la determinación del “carácter imperativo” de las normas procesales que preconiza el artículo IX del Título Preliminar del CPC de 1993. Las normas procesales recogen imperativos categóricos, tanto de facultades como de prohibiciones, que están lejos de la mera voluntad de los particulares o justiciables, de suerte que el cumplimiento de las normas que rigen el proceso no pueden dejarse al arbitrio de las partes a quienes tales imperativos se dirigen.

A nivel de legislación comparada, la Ley de Enjuiciamiento Civil (España) Ley 1/2000, en su primer artículo del Título Preliminar de su ordenamiento procesal ha regulado el Principio de Legalidad Procesal de manera muy práctica:

Artículo 1. Principio de legalidad procesal.

En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Enfatizando la necesidad de contar con normas procesales claras y de ineludible cumplimiento, la Corte Suprema de Justicia del Perú, ha emitido dos pronunciamientos en donde explica la forma de entender el “carácter imperativo” y “de orden público” de las normas procesales que rigen el proceso civil peruano, a saber:

Casación N° 554-2000-Lima; publicada en el Peruano el 17 de setiembre del 2000

“El Código Procesal contiene una norma que atañe a la conducta del juez y de las partes. En algunos casos tiene carácter imperativo, de tal manera que todos los actores en el proceso deben acatarlas, mientras que en otros, sea que se faculta al juez o porque la norma no trasciende a la finalidad del proceso, se puede adecuar o eximir su cumplimiento, sin incurrir en sanción de nulidad”.

Casación N° 2400-1998-LIMA publicad en el Peruano en la fecha 03 de mayo de 1999

“Las normas procesales pueden ser “rígidas” o “flexibles” para el juez y “absolutas” o “dispositivas” para las partes, según se encuentre en juego el orden público o el interés privado, de ahí que no todas las normas del procedimiento son de orden público. Asimismo, no existe un criterio definido para determinar en qué medida se encuentra comprometido el orden público, para distinguir una norma de interés público de una de interés privado, por lo que queda solo resolver teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de cada disposición”.

El Principio Procesal de Preclusión no está regulado de manera expresa en el CPC de 1993, sin embargo, ni la doctrina nacional ni extranjera, ni la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú han negado la existencia de este Principio Rector del Proceso Civil, más aun cuando esta diseminado por diversos artículos del Título Preliminar y el cuerpo de la norma adjetiva del CPC de 1993, por ejemplo, nuestro vigente CPC lo ha regulado intrínsecamente en las siguientes disposiciones:

- En el artículo IX del Título Preliminar del CPC al señalar que: *“Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.*
- En el artículo V del Título Preliminar del CPC, al señalar que: *“La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, (...)”.*
- El artículo 146 del CPC, cuando prescribe que: *“Los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. La misma regla se aplica al plazo judicial. A falta de plazo legal lo fija el juez”.*

Por su parte, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, con relación al Principio de Preclusión o Eventualidad, en la Casación N° 1664-2012-AREQUIPA de fecha 24 de mayo del 2013 ha señalado que:

“Conforme lo señala el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil “Las normas contenidas en el presente Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. La aplicación del principio de preclusión, que exige la formalidad y lealtad al principio de contradicción implica que no pueden valorarse medios probatorios no

admitidos y ofrecidos en vía casatoria. En esta instancia la parte recurrente no puede sustentar su derecho sobre un medio probatorio no admitido a mérito de su expreso desistimiento”.

Los principios de Legalidad Procesal, Preclusión y Formalidad de las normas procesales, son principios que inspiran el proceso civil, con la finalidad de lograr un “Debido” Proceso. Siendo así el proceso civil es concebido a partir de etapas o fases rígidas en donde los actos procesales deben cumplirse en la oportunidad, tiempo y modo que corresponde bajo sanción de no retrotraer el proceso a fin de cumplir con una actuación cerrada.

En ese sentido, debemos señalar que en el proceso, las partes procesales tienen “obligaciones” y “cargas”. A efectos de la presente investigación hablaremos de las cargas, que no son más que el poder de desarrollar o desplegar determinadas conductas contenidas en la ley en beneficio propio, sin que haya obligación alguna de ejercitarlas, no obstante ocasionar efectos contrarios o perjudiciales la conducta omisiva o pasiva que se adopte (HINOSTROZA M., 2010).

Una de esas cargas procesales corresponde a la carga probatoria, y dentro de esta a la carga de ofrecer medios probatorios o carga de aportación probatoria conforme lo regula el artículo 196 del CPC de 1993 en los términos siguientes: *“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos”.*

Sin embargo, ese derecho y a la vez carga de aportación probatoria está limitada a un plazo o circunscrita a un momento determinado como lo es el de los actos postulatorios: Demanda, Contestación de demanda, Reconvención o Contestación de Reconvención, respectivamente, siendo esta la regla general que se desprende del artículo 189 del CPC de 1993, en los términos que sigue:

“Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”;

Y también el artículo 440 del CPC de 1993 refiere que: *“Cuando al contestarse la demanda o la reconvención se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”.*

El ofrecimiento de pruebas en los actos postulatorios de las partes procesales, es la regla general; pero tiene excepciones que la misma ley contempla, las cuales están señaladas en los artículos 374, 429, 440 del CPC de 1993 referidos a aquellos medios probatorios referidos a hechos nuevos y documentos obtenidos después de estos actos postulatorios.

De esa manera, se evidencia *prima facie* que no se podrían admitir a juicio medios de prueba que las partes tuvieron la oportunidad de ofrecer en los actos postulatorios y no lo hicieron por su falta de diligencia, tal es el caso del supuesto bajo análisis, en donde el demandado que pese a estar debidamente notificado no contestó la demanda dentro del plazo de ley y fue declarado Rebelde, en consecuencia, no cumplió con su carga de aportación probatoria en su debido momento, lo cual como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el EXP. N° 0825-2003-AA/TC no afecta el Derecho de Defensa puesto que no se restringió en su ejercicio “sino que hubo una omisión del rebelde en su carga de aportación probatoria”.

Pese a ello, no es menos cierto, que dicha conclusión deja un sin sabor para los justiciables, de ahí que salta a la palestra una interrogante que a nivel de doctrina tiene cada vez más seguidores de la talla de Alfaro Valverde, Ariana Deho, Parra Quijano, entre otros, que consiste en determinar si ¿Podría la declaración de rebeldía (una norma procesal) mellar el derecho de defensa del demandado (norma constitucional) con respecto al derecho al ofrecimiento de pruebas, solo por mantener una visión de proceso con acentuada división en fases preclusivas?

Frente a lo anterior, y considerando que el juzgador, como director del proceso revestido de sus poderes probatorios - llamado en doctrina – poderes de iniciativa probatoria, en aras de resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, y con ello lograr la paz social en justicia que preconiza el Artículo III del Título Preliminar del CPC de 1993, el Juez podría admitir o incorporar de oficio una o más pruebas que fueren ofrecidas por el demandado que fue declarado rebelde. Sin embargo la única puerta que podría llevarlo a lograr ese cometido, es que el Juez haga “uso indebido” de la Prueba de Oficio que está regulada en el artículo 194 del CPC de 1993, a la que es necesario remitirnos:

Artículo 194.- Pruebas de oficio

Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.”

Analizando la modificatoria al original artículo 194 del CPC el Juez Superior de Lima, (HURTADO REYES, 2019) en su tratado concluye aseverando que: “ El juez no debe convertirse nunca en un juez defensor de la posición de una de las partes, debe mantenerse siempre como tercero imparcial, y debe hacer uso de los poderes probatorios oficiosos que le concede la disposición procesal, siempre que se presenten todos los elementos que ahora se han perfilado en el contenido del artículo 194° del CPC”.

A nivel de doctrina comparada ALVARADO VELLOSO citado por GAITAN GUERRERO (2010), hace una importante crítica acerca del sistema donde el juez es el director del proceso, argumentando que este a su vez no puede convertirse en dictador, pues esto estaría contribuyendo a la pérdida de imparcialidad del funcionario judicial respecto de las partes, e iría en contravía del derecho fundamental al debido proceso.

La crítica que el jurista argentino Alvarado Velloso hace de la prueba de oficio y de la cual argumenta, que afecta el debido proceso, se fundamenta a partir de que cualquier elemento que irrumpa en la estructura del procedimiento la oportunidad de defensa o induzca a error, podría configurarse como violatorio al Debido Proceso.

Siendo este el escenario de la prueba de oficio, las posiciones en doctrina en cuanto a su uso, la actual regulación de la prueba de oficio en cuanto al presupuesto de su actuación, los requisitos que la contemplan como el de la insuficiencia probatoria respecto a las pruebas aportadas por las partes, y su actuación a partir de la citación de fuente de prueba, y con el candado muy bien puesto cuando se refiere a que con esa actuación el juez cuidara de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, al que le agregamos el problema que el demandado no cumplió en su debido momento con su “carga de comparecencia al proceso” y carga de alegación” por tanto no expuso sus alegatos de defensa en donde se hubiere podido señalar la fuente de prueba para que el juez esté habilitado para actuar la prueba de oficio. Además, el demandado no cumplió con su carga de aportación probatoria al no haber ofrecido ni siquiera un medio de prueba cuando tuvo la oportunidad, entonces no es aceptable decir que hay una insuficiencia probatoria respecto de él, cuando ni siquiera aportó los medios de prueba que prueben sus enunciados fácticos. En consecuencia, si la prueba de oficio con

los límites que establece el artículo 194 del CPC de 1993 desde ya es muy poco probable su aplicación respetando los cánones de legalidad que le impone la misma norma, muchas menos probabilidades de apreciación de legalidad tendrá su aplicación cuando a partir de su “discrecionalidad” el juez opte por incorporar algún medio probatorio “extemporáneo” que le haya ofrecido el rebelde, que dejó pasar la oportunidad establecida por ley para ejercer su derecho.

Lo anterior es la posición más saludable posible en aras de que la actuación procesal del juzgador guarde correspondencia con la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en el buen entendido del “Debido Proceso” en donde se deben respetar las reglas de juego que están establecidas y que son predeterminadas a fin de asegurar la igualdad de las partes en el proceso, así como de la predictibilidad en las actuaciones procesales a las cuales se han sometido para resolver su conflicto de intereses.

4.2. SEGÚN LAS NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO, NO RESULTARÍA LEGAL LA ADMISIÓN DE OFICIO DEL ALGÚN MEDIO PROBATORIO OFRECIDO POR EL DECLARADO REBELDE LUEGO DE CERRADA LA FASE POSTULATORIA.

Para resolver este segundo tópico, realizaremos un análisis exegético y a la vez sistemático de las normas que regulan las instituciones jurídicas procesales objeto de debate: el Principio de Preclusión o Formalidad, la oportunidad del ofrecimiento de pruebas, el rebelde y su derecho a la prueba, la prueba de oficio como manifestación del poder probatorio del juzgador.

Como ya hemos señalado anteriormente, nuestro sistema procesal si bien no es publicísticamente puro, es innegable que tiene una ideología esencialmente basada en esta concepción. Ello se desprende de su Exposición de Motivos, de su Título Preliminar y articulado en general, en donde el juez es un “sujeto procesal activo”, es un “director del proceso” que tiene el deber de “impulsarlo de oficio” imponiendo las medidas coercitivas para ese efecto, tiene la facultad de resolver conforme a derecho así este haya sido invocado de manera errada por las partes – *iura novit curiae*-, tiene poderes probatorios encaminados a lograr establecer la verdad de los hechos expuestos por las partes, entre otros más.

Uno de los objetivos que perseguía el nuevo CPC de 1993 - respecto de su antecesor el Código de Procedimientos Civiles de 1912 - era lograr la “Celeridad” en los procesos civiles que tenían una larga duración hasta llegar a una decisión final. Para superar ello, el CPC de 1993 ha concebido un proceso “ordenado” a través de fases claramente definidas en donde una vez culminada una fase es imposible volver a ella (imponiéndose así el Principio de Preclusión), así como lograr que se planteen las nulidades procesales en la primera oportunidad en que se tenía conocimiento y no hasta antes de la sentencia en la instancia o grado. Asimismo, la nueva norma procesal pretendía superar de cierta forma la ideología inquisitiva que encerraba el Código de Procedimientos Civiles de 1912 en donde el principio dispositivista era predominante. Con la nueva regulación el juez cumple un rol más activo y con poderes de iniciativa probatoria, y eso en el entendido de que el proceso ya o es visto desde y para los particulares o privados, sino desde y por la lupa del Estado en cumplimiento de sus funciones: dar justicia a los ciudadanos que a él recurran.

Bajo esta lupa del publicismo procesal; el nuevo CPC de 1993 ha regulado entre otros principios el Principio de Preclusión que está diseminado a lo largo de su articulado: En el artículo IX del Título Preliminar “*Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las Formalidades son de carácter imperativo (...)*”. Así como

en el artículo V del Título Preliminar *“La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos (...)”*, el artículo 146 *“Los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. La misma regla se aplica al plazo judicial. A falta de plazo legal lo fija el juez”*.

Pues bien, como buena parte del arsenal terminológico de nuestra disciplina, el vocablo *preclusión* forma parte del paquete de “nuevas palabras” que Giuseppe Chiovenda acuñó en su audaz empresa de renovación (conceptual y sistemática) del estudio del derecho procesal y que por la vía de la divulgación de su obra ingresó a nuestro idioma técnico y además de la tradición jurídica de la cual emana nuestro sistema procesal y su vinculación con el sistema romano al cual dió sus mejores estudios Guiseppe Chiovenda.

Para el jurista (MONROY, 2013) la preclusión procesal está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, como un principio procesal, el cual plantea la exigencia de que todos los actos procesales deban ser ejecutados en las etapas procesales correspondientes, porque el transcurso del plazo cancela toda oportunidad de realizar cualquier acto procesal en el plazo posterior a la que pertenece.

Una de esas manifestaciones del Principio de Preclusión es la referida a las preclusiones probatorias, la cual está contenida en el artículo 189 del CPC que dice:

“Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”.

Como se verifica, la regla general es que los medios de prueba sean ofrecidas por las partes en sus actos postulatorios, demanda y contestación de demanda. Transcurridos estos momentos, solo podrán admitirse medios probatorios cuando lo autorice la ley, y la misma ley autoriza los supuestos *numerus clausus* para la incorporación de nuevos medios de prueba transcurridos estos actos postulatorios ya precluidos.

La primera excepción a la regla es la referida la prueba por hecho nuevo alegado por la contraparte a que se refiere el artículo 440 del CPC cuando dice: *“Cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho”*.

La segunda excepción a la regla es la referida a la prueba extemporánea a que se refiere el artículo 429 del CPC que dice *“Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir (...)”* cuando los medios de prueba estén referidos a hechos nuevos u obtenidos después de los actos postulatorios.

La tercera excepción a la regla, es la referida la prueba en segunda instancia a que se refiere el artículo 374 del CPC que dice: *“Las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, únicamente en los siguientes casos: 1) Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y 2) Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad”*.

La cuarta excepción a la regla es la referida a una “excepcionalísima aportación documental en sede de casación” que está contenida en el artículo 394 del CPC como sigue: “(...) *El único medio de prueba procedente es el de documentos que acrediten la existencia del precedente judicial, o de la ley extranjera y su sentido, en los procesos sobre derecho internacional privado*”.

La quinta y última excepción a la preclusión en materia probatoria está referida a la Prueba de Oficio, que ha sido concedida no a las partes, sino al juez, a partir de su calidad de director del proceso y las facultades de iniciativa probatoria que el actual CPC de 1993 le concede.

La norma bajo comentario prescribe:

Artículo 194.- Prueba de Oficio

“Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”.

Esta norma fue agregada al código adjetivo a través del artículo 2 de la Ley 30293 publicada el 28 de diciembre del 2014 y que modificó el texto primigenio del artículo 194 del CPC que decía:

“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”.

Nótese la diferencia sustancial entre la norma vigente y la norma primigenia, esa diferencia se resume en dos palabras: “uso restringido”. *Prima facie*, la norma vigente contiene la característica de la “excepcionalidad” de la prueba de oficio, la cual no estaba contenida en la norma primigenia que no tenía esta característica, sino que de su texto y acorde a la visión procesal tenía fronteras más amplias. El presupuesto sigue siendo el mismo “insuficiencia probatoria de un hecho esencial o controvertido”, sin embargo la nueva norma contiene una prohibición expresa “el cuidar de no reemplazar a las partes en su carga probatoria”, la que de manera expresa no estaba contemplada en la norma primigenia. Asimismo, la nueva fórmula asegura el derecho a la contradicción de la prueba de oficio que será actuada a fin de no afectar el derecho de defensa. Finalmente agrega el nuevo texto, la prohibición de declarar la nulidad de la sentencia en cualquier instancia o grado por no haberse actuado la prueba de oficio. Estas son las notas más diferenciales que contiene la modificatoria.

El *amicus curiae* del X Pleno Casatorio Civil – aun sin respuesta - (CAVANI BRAIN, 2018) comenta que “según el artículo 194 del CPC, el juez no resuelve la controversia, dando como perdedor a quien no cumplió con su carga de corroboración, sino que incrementa el acervo probatorio para buscar aproximarse más a la verdad. Se trata de una auténtica bifurcación de caminos. Empero,

¿cuál elegir y cuáles serían los criterios para optar por uno o por otro? Sinceramente, no veo la forma de cómo emplear la prueba de oficio sin reemplazar la carga de corroboración de las partes”.

En la opinión del juez (HURTADO REYES, 2019): “Pasó mucha agua bajo el puente desde que entró en vigencia el CPC en el año 1993 con respecto de la aplicación de la prueba de oficio en los procesos civiles, estas experiencias - en mi opinión - propiciaron la modificatoria del Código, estableciendo límites y precisiones para hacer uso de la prueba de oficio en el proceso civil”.

En opinión similar la jurista nacional (ARIANA DEHO, 2016), considera que “(...) el art. 194 CPC contiene un poder discrecional del juez, por lo que a preclusiones maduradas no teniendo las partes ya el derecho a que se les admita la prueba por ellas ofrecida a destiempo (por más pertinente que ella sea) todo queda librado a la “discreción” del juez que podría (si quiere) admitir “la prueba” o simplemente no admitirla *ex art.* 194 CPC. Es decir, a veces sí, a veces no, según la sensibilidad (o el humor) del juez en cada caso. Sin dejar de decir, que en este caso no se está ante una iniciativa probatoria del juez, fundada, como dice el art. 194 CPC en la “insuficiencia” de los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino ante el ejercicio de un poder discrecional del juez (no establecido en el CPC) de dejar de lado las preclusiones probatorias que gravan sobre las partes”.

Entonces, bajo la nueva fórmula de la prueba de oficio que contempla el CPC de 1993, su *ratio legis* es “limitar su actuación a casos excepcionales de insuficiencia probatoria”, pero cuidando de no reemplazar a las partes en su carga probatoria. Esto es, si su aplicación como tal está restringida a ciertos presupuestos habilitantes y límites condicionales, que de por sí la hacen muy cuestionable en su aplicación, tanto es así que a la fecha hay un pleno casatorio que intenta dar respuesta a su calidad jurídica para su aplicación uniforme por los órganos jurisdiccionales. Siendo así, es aún, menos probable la validez legal que permitiese la “incorporación” de un medio de prueba ofrecido por el demandado, litisconsorte o reconvenido declarado rebelde, quien no obstante no cumplió con su carga de alegación al no contestar la demanda o reconvenición, no ha ofrecido ni siquiera un medio prueba en su oportunidad, no ha citado la fuente de prueba en sus enunciados fácticos, como para que el juez “en sus facultades de iniciativa probatoria” realice la actuación probatoria oficia a fin de incorporarle algún medio de prueba luego de etapa postulatoria.

Por la Rebeldía se entiende en nuestro CPC en su artículo 458: “*Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde. También será declarado rebelde el litigante que notificado con la conclusión del patrocinio de su Abogado o la renuncia de su apoderado, no comparece dentro del plazo fijado en el Artículo 79*”.

Para (REIMUNDÍN, 2013), desde el punto histórico, el tratamiento de la rebeldía ha sido considerado, por un lado, como sanción entre los que entendían que se infringe una obligación de defensa y, de otro lado, los que entienden que solo se trata de una renuncia a la defensa. Los que vean en el proceso un medio de pacificación jurídica harán derivar de la contumacia la *ficta confessio* y la sentencia condenatoria como consecuencia de la infracción de una obligación; mientras que los que conceptúan el proceso como uno de los varios medios posibles para obtener la certeza jurídica, desvinculándolo del Derecho, adoptarán un criterio más objetivo y tratarán la contumacia como simple inactividad.

En efecto, la contestación de la demanda se considera como una carga procesal, que no es una obligación. Mas, como carga procesal, el no contestar la demanda, si bien no se le aplicarán sanciones ni puede obligarse al demandado a que conteste la demanda, se le declarará rebelde y, ello, puede traer como consecuencia la posibilidad del juzgamiento anticipado del proceso, toda vez que no hay controversia o hechos controvertidos propiamente dichos, evidentemente ello a favor del demandante, con base en la presunción de verdad de los hechos relativa a la pruebas ofrecidas por el demandante.

Es necesario precisar la grave consecuencia procesal que implica para el rebelde no haber contestado la demanda y por tanto no haber ofrecido medios probatorios, por lo que, no ha cumplido con su carga de alegación al no haber incorporado sus elementos facticos al proceso lo que *a priori* trae como consecuencia la inexistencia de hecho controvertido como tal. Asimismo, al no haber cumplido con su carga de aportación probatoria no tendrá elementos de prueba que contravengan o disuadan los ofrecidos por su contendor. Esta situación le genera un grave perjuicio al rebelde quien después aunque quiera podrá ofrece medios de prueba, sin embargo al haber precluido su oportunidad de aportación probatoria estos medios de prueba no serán admitidos al proceso por parte del juez, y ello debería ser así porque si al demandante se le cerró la puerta del ofrecimiento probatorio al demandado debe ocurrir lo mismo por la igualdad procesal. Además, la misma norma adjetiva contempla la situación del rebelde que después de haber prelucido el acto postulatorio desea ingresar al proceso a defender su intereses, así el artículo 462 del CPC señala que “*el rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre*”, lo que en buena cuenta significa que su ingreso al proceso de modo alguno implica retrotraer el proceso para darle una nueva oportunidad para que conteste la demanda y ofrezca sus medios de prueba.

Lo mencionado anteriormente guarda plena correspondencia con los deberes de los Jueces en el proceso a que se refiere el Artículo 50 Inc. 1 del CPC esto es “*Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal*”.

En consecuencia y bajo el análisis realizado, de las actuales normas del Código Procesal civil, que interpretadas en su *ratio legis* y de modo sistemático, nos llevan a concluir que no resultaría legal que el juez admita de oficio algún medio probatorio ofrecido por el declarado rebelde luego de los actos postulatorios.

4.3. FLEXIBILIZAR EL PROCESO CIVIL A FIN DE NO RESTRINGIR EL DERECHO AL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS A LA ETAPA POSTULATORIA: UNA REFORMA LEGAL NECESARIA.

Como hasta aquí hemos expuesto, el Código Procesal Civil peruano – CPC de 1993 – ha sido concebido desde una ideología eminentemente publicista con algunas pocas notas del positivismo procesal; se orienta entre otros por los caminos oscuro-claros de la dirección procesal, el activismo del juez, la celeridad procesal, la preclusión procesal, la iniciativa privada, trascurriendo por las fases del proceso sin mirar atrás, para así llegar a un destino final rápido – en el papel – de obtener una sentencia final arreglada a derecho y que resuelva el proceso que los privados trajeron a las instancias judiciales a fin de obtener una “añorada paz social en justicia”.

En el *iter procesal*, se pueden presentar situaciones que en apariencia parecen ser injustas y serán así concebidas si no se comprenden las reglas del procedimiento pre-establecido por ley para solucionar el conflicto. Una situación en particular que se puede presentar en ese devenir, es el que se ha planteado en la presente investigación, esto es, cuando el demandado es declarado rebelde y luego de ello, ofrece un medio de prueba con la intención de que sea admitido y valorado en juicio, a partir de que el juez en uso de su facultad de iniciativa probatoria la admitir o “incorporar” como prueba de oficio.

Ya en los tópicos que nos preceden hemos determinado y analizado, que legalmente no es posible esa actuación oficiosa del juez, por estar proscrita en aplicación del principio constitucional al Debido Proceso, Preclusión Probatoria, el Principio de Imparcialidad y el de Igualdad Procesal.

No obstante, que el medio probatorio ofrecido por el demandado sea útil y pertinente a efectos de resolver respecto a la validez fáctica de un hecho controvertido no probado suficientemente o “hecho esencial de la litis” y con ello resolver la causa a partir de una convicción más acercada a los hechos realmente ocurridos – llamada según la literatura procesal “verdad material” o “verdad objetiva” como lo señala el maestro italiano Michele Taruffo.

La restricción al ofrecimiento de pruebas a la sola etapa postulatoria – como regla general – genera muchos problemas de cara a la tendencia moderna de la concepción de los Derechos Fundamentales: El Derecho a la Prueba (como Derecho Constitucional implícito en el Derecho al Debido Proceso y transgencialmente al Derecho de Defensa), el Derecho Fundamental de Defensa (que según la Carta Magna de 1993 se ejerce a lo largo de todo el proceso), y que de manera hasta cierto punto paradójico se materializan en el artículo I y III del Título Preliminar del CPC a través de la llamada “*Tutela Jurisdiccional Efectiva*” y la finalidad del proceso “*que es lograr la paz social en justicia*”, pero que sin embargo, son contradichos por el Principio de Preclusión Procesal y sobre todo “la Preclusión Probatoria” – y en el cumplimiento imperativo de las normas procesales y las formalidades, con lo cual, estamos ante normas adjetivas en conflicto, que en la práctica vienen generando un sin sabor por jueces, letrados y justiciables, al no definirse con claridad el verdadero sentido de las normas procesales por no haberse asumido responsablemente la materialización en las normas adjetivas de uno u otro sistema procesal. Tanto es así, que a la fecha tenemos múltiples conflictos en materia de interpretación procesal y el más reciente en materia de prueba de oficio que ha llevado a la Corte Suprema a convocar al X Pleno Casatorio Civil.

✓ El “derecho a probar” desde la Constitución:

Nuestro sistema jurídico tiene como principio rector el Principio de Jerarquía Normativa y de ahí el de Supremacía Constitucional que emana del designio del artículo 51 de la Constitución Política del Perú:

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Desarrollando el Principio de Supremacía Constitucional, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. N° 06403-2006-AA (Fj. 12) ha precisado:

El criterio de jerarquía (lex superior derogat legi inferiori) se encuentra reconocido en el artículo 51° de la Constitución Política, el mismo que dispone que “[la] Constitución prevalece sobre toda norma de rango legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”. Este artículo afirma los principios de supremacía constitucional que supone una normatividad supra –la Constitución- encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política”.

La Constitución contiene un haz de derechos fundamentales, que no son una mera expresión retórica, sino materializadas por las leyes de inferior jerarquía y en las relaciones entre los ciudadanos. Es así que la “Dignidad Humana” como Derecho Fundamental regulado en el artículo 1 de la Carta Magna expone que:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a la importancia de habersele situado en el primer artículo de la Constitución, por lo que en su doctrina jurisprudencial recaída en el EXP. N° 02262-2007-AA (Fj. 10) le ha dado el carácter universal de este derecho a la luz de relaciones entre particulares, señalando que:

La premisa básica desde la cual debe abordarse el problema que plantea el caso es la vinculación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o inter privados (Cfr. STC, Exp. 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, se deriva también del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae, así, consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se estaría negando el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria, en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales”.

De ahí que si los Derechos Fundamentales como el respeto a la Dignidad de las personas es exigida aún en las relaciones *inter privados*, ratificándose el carácter universal de este derecho fundamental; con mayor razón deben ser exigidas para el mismo estado con relación a los ciudadanos que gobierna a partir de la nueva concepción del “Estado Social y Democrático De Derecho”.

El Juez Superior (MARTEL, 2015) expone que no contamos en la Constitución peruana con una norma expresa que de manera clara establezca el Derecho a la Prueba como un Derecho Fundamental. No obstante ello, en la actualidad su jerarquía constitucional es pacíficamente admitida, lo que puede encontrarse en las decisiones adoptadas por la justicia constitucional.

Por su parte el Tribunal constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado por el rango constitucional del Derecho a la Prueba. Así tenemos que en el EXP. N° 00010-2002-AI/TC ha señalado que:

“(...) 148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú (...)”.

De manera correlativa al Derecho al Debido Proceso y su contenido implícito del Derecho a la Prueba, la Constitución reconoce como Principio de la Función Jurisdiccional el Derecho de Defensa que conforme al artículo 139. Inc. 14 prescribe:

Son principios y deberes de la función jurisdiccional “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

✓ El Derecho a probar desde la concepción del CPC de 1993

El Derecho de Defensa, si bien en cierto ha sido desarrollado con mayor holgura por la doctrina y jurisprudencia penal, nada obsta para que sea aplicado al proceso civil, ya que es innegable la vinculación entre el derecho de defensa y el derecho a ofrecer pruebas, en el lógico entendido “de defenderse probando”. Además, el CPC de 1993, le ha dado una cierta cabida de su ejercicio con una frontera más amplia, así se desprende del contenido del artículo 51 inc. 2 al señalar que:

“Los jueces están facultados para: 2.- Ordenar los actos necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”.

Pero dicha amplitud del ejercicio del Derecho de Defensa en el derecho de aportación probatoria, debe ser ejercitada, “respetando el contradictorio o Derecho de Defensa de la otra parte”.

El CPC de 1993 llegó a manera de recuperar “la sensibilidad” del proceso de cara a los justiciables, y a superar las deficiencias de su antecesor el Código de procedimientos Civiles de 1912 que si bien tenía falencias en materia de “celeridad procesal” no las tenía en materia de garantizar el pleno ejercicio al derecho al ofrecimiento de pruebas de las partes.

Frente a tanta libertad, el CPC de 1993, partiendo de la errónea premisa de que esa elasticidad era la principal fuente de maliciosas demoras procesales, reaccionó estableciendo un sistema diametralmente opuesto, en el que por regla general el único momento que disponen las partes para ofrecer todos sus medios probatorios es el del planteamiento de sus actos postulatorios conforme emana de su artículo 189, o sea en la propia demanda y en su contestación, con la grave consecuencia de que la prueba omitida de ofrecer en esos momentos, pudiéndose haber ofrecido, nunca más podrá ingresar al proceso, al menos, no podría ingresar por la puerta principal, sino por una puerta falsa – la Prueba de Oficio - que como se ha señalado – en el caso propuesto- está vetada por el ordenamiento jurídico.

Siendo este el *status quo* procesal, es altamente discutible que ello sea técnicamente el mejor sistema para obtener una decisión final de la controversia ajustada a la realidad y como preconiza el artículo III del Título Preliminar del CPC “eliminar una incertidumbre jurídica” y “lograr la paz social en justicia”.

De aquí, que resulta válido cuestionarse ¿cómo se vinculan los fines del proceso civil que como directrices contempla su Título Preliminar con ese proceso rígido y formalista que regula el CPC vigente?

Así las cosas, se denota que el CPC de 1993, como buen código afiliado al sistema publicístico no está establecido para hacer justicia a las partes que la piden, sino para brindar al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia, por lo que el proceso pasa a ser actividad pública, sujeta a normas de derecho público tal como se había precisado en la sentencia de casación Casación N° 2400-1998-LIMA.

✓ La Preclusión probatoria y sus contrasentidos

Como habíamos adelantado, hay la existencia de una puerta falsa para hacer ingresar los medios probatorios ofrecidos de manera extemporánea por las partes procesales – llamase demandante o demandado-. Le denominamos puerta falsa porque el oferente pretende regocijarse o apuesta por la “iniciativa probatoria del juzgador” de que la incorporación de oficio a través de la aplicación del artículo 194 del CPC de 1993, cuya norma primigenia permitía de manera “más liberal” la utilización

de esta discrecional - hasta ese momento – figura procesal. En la actualidad; a partir de la modificatoria del 2014 mediante la Ley 30293, se le han puesto límites expresos a dicha actuación, sin embargo es innegable su aplicación de cuando se quiere si, y cuando se quiere no, si se mira desde su característica de inimpugnabilidad.

Así, no es difícil encontrar resoluciones que consideran que la existencia de preclusiones a cargo de las partes no limita la facultad que tiene el juzgador de mérito de ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, la que comprende admitir la prueba extemporánea ofrecida por alguna de las partes, siempre y cuando sirvan para promover certeza y convicción de los hechos invocados por las partes, esto es, llegar a la verdad material y no solo formal. Vale decir que, pese a que el actual CPC de 1993 ha madurado las preclusiones procesales a fin de dotar de celeridad al nuevo proceso civil, las partes pueden ofrecer una que otra prueba, pese a que ya no se podrían admitir las mismas, se le puede hacer entrar por la puerta falsa a través del artículo 194 CPC y con ello tergiversar o al menos someter a un conflictivo escrutinio “la imparcialidad del juez” y “también la celeridad procesal, en la medida que en nuevo CPC de 1993 tenía como objetivo con las preclusiones procesales”. Así, por ejemplo, aunque muy cuestionadas lo han hecho posible algunas sentencias de casación como la Casación N° 1248-2000-Loreto y la Casación N° 130-2003- Piura.

Es de precisar que, de consentir de manera plena el ejercicio de la prueba de oficio, nos llevaría a un peligroso terreno procesal, pues el artículo 194 CPC contiene un poder discrecional del juez *e* inimpugnable, por lo que a preclusiones maduras no teniendo las partes ya el derecho a que se les admita la prueba por ellas ofrecida a destiempo por más pertinente que ella sea todo queda librado a la discreción del juez que podrá – si así lo considera pertinente - admitir la prueba o simplemente no admitirla. Es decir, a veces sí, a veces no, según la sensibilidad o el humor del juez en cada caso. Sin dejar de decir, que en este caso no se está ante una iniciativa probatoria del juez, fundada, como dice el artículo 194 CPC, en la insuficiencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino ante el ejercicio de un poder discrecional del juez no establecido en el CPC de dejar de lado las preclusiones probatorias que gravan sobre las partes. Es más, el calificativo de la incorporación según la sensibilidad del juez y discrecionalidad, se da cuando en la praxis judicial cuando algunas pruebas son ofrecidas extemporáneamente mediante un “Téngase Presente”, y en su proveído el juez resuelve diciendo efectivamente “Téngase Presente en lo que corresponda” y en algunos caso mejor aún – para evitar la fundamentación se ha mencionado “Para mejor Resolver, téngase por ofrecidas” y luego serán valoradas en la sentencia.

Para los que consideran que son las partes las que deben convencer al juez de sus propias afirmaciones, un sistema rígido de preclusiones como el que tenemos decididamente atenta contra el derecho a la prueba y al de “defenderse probando” y de ninguna manera, se considera saludable, un paliativo a los efectos de esas preclusiones en concederle poderes inminentemente discrecionales incontrolados de iniciativa probatoria que se le ha dado al juez en el CPC de 1993.

✓ **Nada cuesta mirar al pasado: Una bondad “mejorable” del Código De Procedimientos Civiles de 1912**

Bajo estas circunstancias conflictivas en la praxis judicial, ¿no sería mejor dotar a la partes de una oportunidad más amplia que la sola referida a los actos postulatorios para ofrecer los medios probatorios que corroboren los hechos enunciados en la demanda o en la contestación de ella, teniendo en cuenta la problemática creada con la prueba de oficio en el actual CPC de 1993?

Como bien ha señalado la jurista nacional (ARIANA, 2011) “En el Código de Procedimientos Civiles de 1912, si bien la regla en la primera instancia del juicio ordinario era que las pruebas debieran ser ofrecidas una vez “abierta” formalmente por el juez “la causa a prueba” (o sea en un

«momento» ulterior a la contestación efectiva de la demanda o a la declaración de rebeldía del demandado) y dentro de los primeros veinte días del «término probatorio» (que *in primis* era de «diez días» (?), pero «prorrogable a cincuenta», art. 348), existían notables excepciones para determinados y específicos medios de prueba (llamados por la praxis «privilegiados») que podían ofrecerse en «cualquier estado del juicio»: la confesión (art. 364); el juramento decisorio (art. 382); los instrumentos (art. 409) y su exhibición (art. 441)”.

Se resalta que el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 en su artículo 409 señalaba que:

“Pueden presentarse instrumentos en cualquier estado de la causa”.

Si bien es cierto, dejar abierta la posibilidad del ofrecimiento de media prueba hasta el último momento antes de la sentencia está latente según los parámetros del Código de Procedimientos Civiles de 1912, se puede mejorar este antecedente legislativo de tal forma que no se permita una actuación maliciosa ni dilatoria de las partes procesales que afecte el Derecho de Defensa de la contraparte. Pero, se sugiere la plena viabilidad de hacer extensivo la oportunidad probatoria más allá de los meros actos postulatorios: demanda y contestación, reconvencción o absolución de la reconvencción, como restrictivamente lo contempla el CPC de 1993. Así, el juzgador tendría la posibilidad de contar con el mayor acervo probatorio posible, y la posibilidad de que las partes cumplan de manera más efectiva con su “carga de aportación probatoria” y “carga de corroboración”, y con ello disminuir en la praxis judicial la utilización de la conflictiva figura de la prueba de oficio y lograr en definitiva una decisión más justa.

Esta posibilidad de la ampliación de la oportunidad probatoria, de manera tangencial se viene advirtiendo desde mucho tiempo atrás por la Corte Suprema, por ejemplo la **Cas. N° 1248-200-Loreto, del 11 de agosto del 2000**, Señaló:

“La proscripción de la «probanza sorpresiva y artera» constituye uno de los más generalizados lugares comunes para justificar la existencia de preclusiones probatorias. Sin embargo, dado que un proceso no es precisamente un match de box en el cual el púgil más diestro se puede estratégicamente reservar el golpe de gracia para el final, o sea para un momento en el que el contendiente está agotado y sin capacidad de respuesta, la llamada prueba «de última hora», por más de «ultima hora» que fuera, una vez ofrecida y admitida debería seguir todo el iter de cualquier prueba, por lo que su «escudriño» por el contrario siempre debería ser posible. Si a ello le agregamos que esa prueba de «última hora» podría ser la decisiva para resolver en un sentido distinto de cómo se podría resolver sin ella, en lugar de lamentarnos por su posibilidad de introducción al proceso deberíamos saludarlo, pues con esa (si bien tardía) prueba, en cuanto bien valorada, se podría evitar una sentencia injusta”

Así también a nivel de doctrina se ha dicho, que “las preclusiones en materia de prueba son incompatibles con el debido proceso, en cuanto conducen a una banalización del proceso civil, sacrificando drásticamente, sobre el altar del abstracto valor de la concentración de los juicios, el propio objetivo natural y fundamental, y se presenta así reducido a una especie de juego, destinado a distribuir, como consecuencia de las rígidas barreras temporales de las que está diseminado (...), ‘premios’ o ‘penalizaciones’ decisivas para el resultado de la causa, según la destreza, la habilidad o quizá la simple buena suerte de los respectivos defensores de las partes» (BALENA, 2019)

En consecuencia, y a tenor de todo lo expuesto en este tópico, para el tesista resulta viable desde la Constitución de 1993 una modificación legislativa que permita flexibilizar el proceso civil – de rígidas preclusiones en materia probatoria, a fin de nos constreñirlas a la etapa postulatoria.

✓ **Propuesta de modificación legislativa:**

Habiendo concluido en que el régimen preclusivo en materia probatoria no es el más idóneo a fin de garantizar el respeto a la Dignidad Humana de cara a un Debido Proceso y el pleno ejercicio del Derecho de Defensa - que la Constitución establece su ejercicio en cualquier estado de proceso - y considerando que el proceso es el instrumento para la realización de la Tutela Judicial Efectiva y la paz social en justicia; desde esta tribuna, se considera necesario modificar el artículo IX del Título Preliminar del CPC y el artículo 189 del CPC, según los textos siguientes:

Modificatoria al artículo IX del Título Preliminar del CPC:

ARTICULO ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
<p>Artículo IX.- Principios de Vinculación y Formalidad</p> <p>Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.</p> <p>Las formalidades previstas en este Código son imperativas.</p> <p>Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.</p>	<p>Artículo IX.- Principio de Flexibilización de Formalidades y Derecho de Contradicción</p> <p>Ninguna formalidad prevista en este Código es de carácter imperativo, siempre que, habiéndose realizado de otro modo, se respeten los derechos fundamentales y se logre la finalidad del proceso.</p> <p>El juez en todo momento privilegia la expedición de un pronunciamiento sobre el fondo, otorgando a las partes la oportunidad de manifestarse, aunque se trate de una materia sobre la cual deba actuar o decidir de oficio. El juez fundamenta su decisión a partir de las alegaciones de las partes.</p>

Asimismo, se propone una modificatoria al artículo 189 del CPC:

ARTICULO ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
<p>Artículo 189.- Oportunidad</p> <p>Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.</p>	<p>Artículo 189.- Oportunidad del ofrecimiento</p> <p>Los medios probatorios pueden ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, y en única oportunidad hasta antes de la notificación del decreto que dispone el traslado de los autos para sentenciar, garantizándose en este último caso, el derecho de defensa y el plazo razonable para su contradicción.</p>

✓ **Análisis Costo - Beneficio:**

Beneficios:

Las reformas propuestas traen consigo los siguientes beneficios:

- 1° El respeto a los Derechos Fundamentales, se ha plasmado en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, acorde a su naturaleza constitucional y el carácter universal al interior de cada proceso o procedimiento.
- 2° Se deja en claro que las formalidades no son la esencia del proceso, pudiéndose inobservar siempre que no restrinjan derechos fundamentales y se respete el contradictorio previo. Así pues, se deja en claro que la esencia del proceso es “llegar al fondo de la litis” y poner fin a un conflicto” garantizando el derecho de defensa de las partes.
- 3° Permitirá una limitación en la iniciativa probatoria del juez a partir de la disminución del uso de la prueba de oficio, y ello a consecuencia de otorgarle – como es debido – mayor posibilidad de aportación probatoria a las partes procesales que gozan de la iniciativa probatoria, garantizándose el contradictorio.
- 4° Permitirá a las partes que puedan ofrecer medios probatorios desde los actos postulatorios y si lo desean en oportunidad única hasta antes de la notificación del decreto que dispone el traslado de los autos a despacho para sentenciar, garantizándose en este último caso, el derecho de defensa y/o contradicción de la otra parte.
- 5° Permitirá al juez contar el mayor acervo probatorio brindado por las mismas partes, el cual le permitirá dictar una decisión más justa y con más apego a la verdad material u objetiva, materializando con su ejercicio la tutela jurisdiccional efectiva y logrando la paz social en justicia que preconiza el CPC de 1993.

Costos:

Las propuestas de reformas procesal sugeridas no irrogará costo alguno al estado, en la medida que para su implementación no se requiere una mayor inversión ni de gasto de presupuesto público relacionado con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, la adquisición o alquiler de locales institucionales, la implementación o equipamiento de locales institucionales, o algún otro gasto de carácter material que implique afectación al erario público.

Solo es necesario que la propuesta transite por el camino constitucional de la producción de normas jurídicas y se incorpore al ordenamiento procesal vigente; esto es, se requiere de la intervención del Congreso de la República en su aprobación y la del Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación en el diario Oficial “el Peruano”.

CONCLUSIONES

De lo desarrollado en nuestra investigación, hemos obtenido las siguientes conclusiones:

- 1° Conforme al derecho peruano no resultaría legal la actuación procesal del juez por la cual admita de oficio algún medio probatorio ofrecido por el declarado rebelde en el proceso civil, toda vez, que nuestro sistema legal establece que el derecho al ofrecimiento de pruebas está restringido por regla general a la etapa postulatoria.
- 2° Según las normas del Código Procesal Civil peruano – CPC de 1993- como el principio de Preclusión y Formalidad, el artículo 146 y la expresa determinación del artículo 189 analizados en su *ratio legis* y sistemáticamente, nos lleva a concluir que no es legalmente aceptable que el juez haga uso de sus poderes probatorios y “admita o incorpore” de oficio algún medio probatorio ofrecido por el rebelde luego de la etapa postulatoria.
- 3° La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como fin supremo del Estado y la sociedad, así como la “respeto a sus derechos fundamentales” entre ellos el derecho al ofrecimiento a la prueba, nos deben ser restringidos en su ejercicio – en el primer acto – como lo viene haciendo en el actual CPC de 1993.
- 4° Tras el análisis de nuestra legislación constitucional, el artículo I y II del Título Preliminar del CPC y el peligro de la utilización desmedida de la prueba de oficio a fin de “formarse convicción de los hechos alegados por las partes”, permiten hacer una reformulación legal a fin de permitirle a las partes “quienes en ejercicio de su iniciativa probatoria y carga de la prueba” puedan tener una mayor posibilidad en el ofrecimiento de sus pruebas al proceso. Para ello, se propone una modificación a los artículos IX del Título Preliminar del CPC y artículo 189 del CPC.

RECOMENDACIONES

Luego de realizada la presente investigación, y al haber identificado un problema dentro de la realidad procesal nacional en el tema referido a la prueba de oficio y el derecho a la prueba, y luego, del estudio normativo, jurisprudencial, en dogmática procesal y derecho comparado, recomendamos una reforma legislativa – “que en mejor técnica del legislador” rescate la esencia de las conclusiones obtenidas.

Así pues, recomendamos una modificatoria del artículo IX del Título Preliminar y artículo 189 del CPC de 1993 en los términos siguientes:

✓ **Artículo IX.- Principio de Flexibilización de Formalidades y Derecho de Contradicción**

Ninguna formalidad prevista en este Código es de carácter imperativo, siempre que, habiéndose realizado de otro modo, se respeten los derechos fundamentales y se logre la finalidad del proceso.

El juez en todo momento privilegia la expedición de un pronunciamiento sobre el fondo, otorgando a las partes la oportunidad de manifestarse, aunque se trate de una materia sobre la cual deba actuar o decidir de oficio. El juez fundamenta su decisión a partir de las alegaciones de las partes.

✓ **Artículo.- Oportunidad del ofrecimiento**

Los medios probatorios pueden ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, y en única oportunidad hasta antes de la notificación del decreto que dispone el traslado de los autos para sentenciar, garantizándose en este último caso, el derecho de defensa y el plazo razonable para su contradicción.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

1. ACTUALIDAD CIVIL, Mayo 2015 N° 11, “Prueba y verdad en el proceso civil” Roberto GONZALES ALVAREZ, editorial Instituto Pacífico, páginas. 292.
2. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL, Rolando Alfonso Martel Chang, editorial Instituto Pacifico, 1° Edición Febrero 2015, Lima Perú, pág. 243.
3. TEORIA DE LA PRUEBA, Michele Taruffo, editorial ARA editores, 1° edición, Lima-Perú, 2012, pág. 321.
4. DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO VI: POSTULACIÓN AL PROCESO, Alberto Hinostroza Minguez, editorial Jurista Editores, edición Marzo 2012, Lima-Perú.
5. RESTRICCIONES AL OFRECIMIENTO DE PRUEBA, Dr. Daniel Linares Publicado en: Revista Jurídica, 17 de mayo del 2005.
6. HACIA UN PROCESO CIVIL FLEXIBLE CRÍTICA A LAS PRECLUSIONES RÍGIDAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO DE 1993, Tesis para optar por el Grado de Magíster con mención en Derecho Procesal (PUCP) - año 2011; Autor: Eugenia Silvia Maria, Ariana Deho.
7. DICCIONARIO PROCESAL CIVIL, Juan Monroy Gálvez, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición Noviembre 2011.
8. MANUAL DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL – BIBLIOTECA DEL ABOGADO PROCESALISTA, Luis Genaro Alfaro Valverde, editorial Gaceta Jurídica.
9. LA REBELDÍA Y SUS CONSECUENCIAS PROCESALES, Actualidad Jurídica – Agosto 2008 N° 177, Revista Procesal Civil y Arbitraje.
10. LA PASIVIDAD DEL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL EN LA FIGURA DE LA REBELDÍA. ANALISIS COMPARADO Y REVISIÓN CRÍTICA, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad de Chile; autores: Constanza Lapostol Forestier y Pabla Perello Carvallo.
11. EL PROCESO JUDICIAL COMO ESPACIO COMUNICATIVO, Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, España, núm. 64, año 2015.
12. DICCIONARIO PROCESAL CIVIL, Juan Monroy Gálvez, editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición Noviembre 2011.
13. LA CONTUMACIA DEL PROCESSO CIVILE, Giancarlo Giannozzi.
14. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL, APÉNDICE JURISPRUDENCIAL, A. M. Lorca Navarrete.

15. LA PRUEBA DE OFICIO A PARTIR DE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 194° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Martín Alejandro Hurtado Reyes.
16. LA PRUEBA, ARTÍCULO Y CONFERENCIAS, Michele Taruffo (Italia), Editorial Metropolitana.
17. EL DERECHO A LA PRUEBA Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, En: Problemas del Proceso Civil, Eugenia Ariano Deho.

LINKOGRAFÍA

1. <http://dle.rae.es/?id=TwJ3YZy>
2. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/284e8a0042eff9a28bfdbfd49215945d/17.+La+prueba+de+oficio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=284e8a0042eff9a28bfdbfd49215945d>.
3. <http://mundolegalperu.blogspot.com/2015/03/la-rebeldia-en-el-proceso-civil-peruano.html>

ANEXOS



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 0825-2003-AA

LIMA

MARTHA GLADYS CHAVEZ COSSIO DE OCAMPO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de octubre de 2003, reunida la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, y surgida la discordia por el voto del magistrado Bardelli Lartirigoyen y llamándose para dirimirla, en el siguiente orden, a los magistrados García Toma, Revoredo Marsano y Aguirre Roca, pronuncia la presente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, García Toma, y los votos singulares de los Magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y Bardelli Lartirigoyen.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Martha Gladys Chavez Cossio de Ocampo contra la resolución expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 101, su fecha 4 de noviembre de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de junio de 2002, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Presidente del Congreso de la República, y los miembros de su Consejo Directivo, por la violación de los derechos que le concede el Reglamento del Congreso de la República y la amenaza de violación de su derecho de defensa.

Alega la recurrente que, en octubre de 2001, fue sometida a una operación quirúrgica al cerebro, por lo que, a su solicitud, la Mesa Directiva del Congreso de la República le otorgó licencia por enfermedad hasta el 19 de noviembre de 2001, la que fue prorrogándose hasta el 31 de enero de 2002. Refiere que la Mesa Directiva del Parlamento Nacional determinó que el 25 de marzo de 2002 se debatiera y votara en la Comisión Permanente la parte atinente a su persona del Informe Final elaborado por la Sub - Comisión Investigadora de la Acusación Constitucional N.º 6, presentada contra la demandante y otros Congresistas y ex - Congresistas, pero, en atención a su estado de salud, sólo pudo participar por breves momentos en dicha sesión. La Comisión Permanente aprobó el Informe Final presentado por la Sub - Comisión Acusadora, acusándola constitucionalmente, a pesar que se reconocía que no existía prueba alguna que demostrara inconducta de su parte. Precisa que desde el inicio del procedimiento de la denuncia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucional ha ejercido en forma personal su defensa por decisión personal y por no contar con los medios económicos necesarios para pagar los honorarios de un profesional idóneo. Señala que a fines de marzo, e inicios de abril de 2002, le prescribieron descanso médico, por lo que nuevamente solicitó licencia por enfermedad mediante oficio cursado a la Presidencia del Congreso, la que fue otorgada hasta el 30 de mayo de 2002; y, durante la vigencia de estas licencias, fue citada en dos oportunidades por la Mesa Directiva del Congreso a efectos de asistir a las sesiones. La primera, se señaló para el 3 de abril, y la segunda el 7 de mayo, a las cuáles no pudo asistir por razones de salud. Sostiene que, con fecha 14 de mayo 2002, se apersonaron a su domicilio 3 personas, alegando ser personal de un supuesto Servicio de Medicina Legal del Congreso, quienes manifestaron haber sido comisionados por el Presidente del Congreso para constatar su estado de salud, pero cuando les solicitó su identificación y la orden de visita, se negaron en forma prepotente a identificarse, retirándose sin mayores explicaciones; ante esa situación, cursó el Oficio N.º 163-2002-MCHC-CR, mediante el cual informó lo ocurrido a la Presidencia del Congreso, solicitándole que dispusiera las investigaciones respectivas, pero hasta el momento no ha recibido respuesta alguna.

Por otra parte, agrega que el 23 de mayo de 2002, recibió el Oficio N.º 376-2002-OM/CR, remitido por encargo del Presidente del Congreso, en el que se señala que los certificados médicos que sustentan sus pedidos de licencia son de carácter particular, por lo que el Presidente del Congreso solicitó al Ministerio Público que ordene una diligencia de verificación sobre el estado de salud de la demandante a cargo de personal médico especializado del Instituto de Medicina Legal; actitud que, a su criterio, constituye un claro abuso de autoridad, pues no tiene justificación alguna, ni está prevista en el Reglamento del Congreso y tampoco tiene precedentes. Además, señala que resulta contradictorio con lo acordado por los mismos Directivos del Congreso, quienes le otorgaron licencia por enfermedad sustentada en dichos certificados médicos, pues el inciso i) del artículo 22º del Reglamento del Congreso no exige que los certificados médicos deban ser otorgados por médicos legistas; consecuentemente, afirma que se le está obligando a hacer algo que la ley no manda, contraviniendo lo dispuesto por el numeral 24 inciso a) del artículo 2º de la Constitución. Alega que, pese a que ni la Mesa Directiva del Congreso, ni la Fiscalía de la Nación tienen facultades para obligarla a que se practique un examen médico por médicos legistas, a través del oficio N.º 163-2002-MCHC-CR del 14 de mayo, informó que estaba dispuesta a cualquier constatación de su estado de salud, y que sólo exigía que quienes se encargaran de hacerlo cumplieran con identificarse y con mostrar la autorización respectiva. Asimismo, señala que mediante el referido oficio que recibió el 23 de mayo de 2002, se le conmina, para que indefectiblemente concurra a la Sesión del Pleno del Congreso del 4 de junio de 2002 o, en su defecto, nombre a un abogado defensor para que la represente, con lo que se pretende obligarla a participar en actividades que están reñidas con su estado de salud, así como se le amenaza con aplicarle una norma inexistente,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

contraria a otra que la faculta, pero no la obliga, a designar un representante o abogado defensor, atentándose contra su derecho al debido proceso.

Asimismo, sostiene que con fecha 14 de junio de 2002, luego de solicitar una ampliación de su licencia por razones de salud hasta el 21 de junio del mismo año, recibió el Oficio N.º 1103-CR-DP-D, por medio del cual se le daba a conocer que no se le concederán más licencias por razones de salud y que indefectiblemente debía concurrir el día 18 de junio del mismo año al Pleno del Congreso, advirtiéndosele que si no asistía o designaba abogado que la represente, el Pleno del Congreso procedería de acuerdo con sus prerrogativas. Recuerda que por motivos que desconoce, nuevamente la sesión plenaria fue suspendida por la Mesa Directiva. Indica que el 17 de junio de ese mismo año fue internada por razones de salud, por lo que mediante Oficio N.º 319-2002-MCHC-CR del 18 de junio de 2002, solicitó que se le conceda licencia por razones de salud hasta el 21 de junio, fecha en la que presumiblemente podría ser dada de alta. Sin embargo, manifiesta que el 20 de junio se le remitió a su domicilio real el Oficio N.º 449-2002-OM-CR, en el que se le cita para que indefectiblemente concurra el 25 de junio. Precisa que ninguna autoridad está facultada para poner fin a una licencia por razones de salud, ni menos negarla cuando está cumpliendo con el único requisito que exige la ley para otorgarla, como es acreditar documentalmente la enfermedad. Adicionalmente, manifiesta que la decisión de no concederle más licencias por razones de salud resulta un contrasentido puesto que presupone un deseo de sancionarla.

El Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 26 de junio de 2002, declaró liminarmente improcedente la demanda, por considerar que de la Resolución Legislativa del Congreso N.º 018-2001-CR, del 25 de junio de 2001, publicada el 26 del mismo, que declara haber lugar a la formación de causa en contra de la demandante y suspenderla en el ejercicio de cualquier función pública, se advierte que la supuesta violación del derecho se ha convertido en irreparable.

La recurrida confirma la apelada, por considerar que la negativa del empleador de otorgar la licencia, resultaría arbitraria si comprobada la enfermedad del trabajador no se le otorga la licencia. Sin embargo, si la propia peticionante se resiste a que la empleadora, por intermedio de sus propios médicos, verifique su real estado de salud para efectos de la licencia, la vía de amparo no es el medio idóneo para poder establecer si efectivamente procedía o no la mencionada licencia. Además, porque mediante Resolución Legislativa del Congreso N.º 018-2001-CR, se suspendió en el ejercicio de cualquier función pública a la demandante, habiéndose consumado el proceso a que estaba sometida, siendo en este caso irreparable la violación que alega.



3UNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL MAGISTRADO GARCÍA TOMA

1. LA SUPUESTA IRREPARABILIDAD

La recurrida ha declarado improcedente la demanda, en atención a que “mediante resolución legislativa del Congreso N.º 018-2001-CR del veinticinco de junio, se suspendió en el ejercicio de cualquier función pública a la demandante, habiéndose consumado el proceso a que estaba sometida, siendo en este caso irreparable ya la violación que denuncia, de conformidad con lo dispuesto en la norma antes citada por lo que no correspondiendo el petitorio el restablecimiento de sus derechos de congresista, reponiéndola en el cargo tal como ha expresado en el informe oral: CONFIRMARON la resolución apelada [...]” (cfr. sentencia de la Sexta Sala Civil de fojas 101 a 105)

Al respecto, es dable consignar que el objeto de la presentación de una acción de amparo consiste en reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

En ese contexto, el inciso 1 del artículo 6 de la Ley N.º 23506 establece que no procede la acción de amparo en caso hubiere cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se hubiera convertido en irreparable.

Dicha condición de irreparabilidad sólo es sustentable cuando los efectos del acto reclamado como infractorio de un derecho fundamental, no pudieran ser retrotraídos en el tiempo, ya sea por imposibilidad jurídica o por entranamiento material.

A nuestro modo de ver, no es admisible considerar a la luz del derecho y la realidad política que los alcances de lo resuelto en la parte in fine de la Resolución del Congreso N.º 018-2001-CR de fecha 25 de junio de 2002 hubiesen quedado indefectiblemente petrificados en el tiempo, amén que por tal, la judicatura no tuviese forma alguna de poder restablecer un derecho constitucional supuestamente vulnerado por lo dispuesto en dicha norma.

Tampoco es admisible aceptar la irreparabilidad establecida por el órgano judicial, por el hecho que una situación de amenaza hubiere devenido posteriormente en una consumación concreta. Es evidente que en esta hipótesis sigue subsistiendo la obligación jurisdiccional de determinar la existencia o no existencia de lesión de un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derecho constitucional; salvo que se hubiere generado una imposibilidad jurídica o material lo cual evidentemente no se ha producido en el presente caso.

Desde mi perspectiva no existe imposibilidad alguna de que eventualmente en caso de que ingresándose al fondo del asunto, se pueda restablecer la situación preexistente de la dación de la Resolución del Congreso N.º 018-2001-CR, siempre que se acredite fehacientemente la vulneración de un derecho constitucional.

2.. LA INVOCACIÓN DE LOS DERECHOS SUPUESTAMENTE AMENAZADOS E HIPOTÉTICAMENTE POSTERIORMENTE AGREDIDOS

La demanda incurre notoriamente en imprecisiones que pueden llevar a error a una judicatura inadvertida.

Es el caso que en el encabezamiento del petitorio se sustenta la acción de amparo “ante el desconocimiento de los derechos que me concede el Reglamento del Congreso [...]”. (cfr. fojas 54 del expediente principal). Por consiguiente, de la propia formulación de parte del petitorio quedaría claro que no existiese sustento jurídico para declarar fundada la acción de amparo, en razón a que los derechos supuestamente afectados carecen de rango constitucional.

Empero a lo largo de la demanda puede deducirse la sustentación de la afectación de derechos fundamentales consagrados en los incisos 1 y 9 del artículo 2 de la Constitución; así como los incisos a) y h) del numeral 24 del artículo de dicho texto; así como lo establecido en el inciso 13 del artículo 139 y el artículo 103 del referido cuerpo normativo.

Al respecto, es importante consignar que en la Resolución N.º 2 de fecha 16 de julio del 2002 dictado por el juez del 25º J.E. en lo Civil de la Corte Superior de Lima, textualmente se consigna que “el recurrente ha cumplido con fundamentar [...] la naturaleza del agravio producido por la resolución cuestionada [...]” (cfr. fojas ochenta y seis del expediente principal)).

En razón, de lo expuesto cabe la obligación de pronunciamiento sobre el fondo.

3. LA NECESARIA PRECISIÓN PRELIMINAR DE LOS ALCANCES DE LA RESOLUCIÓN DEL CONGRESO N.º 018-2001-CR

A lo largo del proceso se ha venido confundiendo la naturaleza y efectos de la suspensión congresal establecida en la resolución cuestionada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al respecto, es dable señalar que el artículo 95 de la Constitución tiene por objeto el control del orden y disciplina parlamentaria; planteando para tal efecto la posibilidad de suspensión en la función congresal hasta por 120 días de legislatura; en tanto que el artículo 100 tiene por objeto el control de la conducta constitucional del Estado, el cumplimiento regular de los deberes funcionales y sobre la conducta punible de los altos funcionarios de la República; estableciendo por dicho motivo la atribución a favor del Congreso de la República, de la suspensión del funcionario acusado constitucionalmente hasta por el lapso de diez años.

En razón de lo expuesto la imputación del delito funcional es un elemento constituido para la sanción de suspensión; dejando para el examen oportuno en la etapa correspondiente, la dilucidación de la naturaleza del delito imputado a la demandante.

4. EL PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

A nuestro modo de ver no cabe que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo de la presente causa, en razón a que si bien existen precedentes importantísimos en casos de acciones de garantía con un rechazo *liminar* de la demanda en primera y segunda instancia, en donde el Colegiado se ha pronunciado frontalmente sobre el petitorio; empero debe admitirse que dicha decisión siempre se ha sustentado en dos consideraciones fundamentales:

- a) La posibilidad objetiva que por el transcurso del tiempo el derecho del demandante pudiere devenir en irreparable. El Tribunal conoce ampliamente de las situaciones de morosidad judicial; inclusive en los casos de acciones de garantía.
- b) La evidencia objetiva, palpable e incuestionable de la amenaza o efectiva violación de un derecho constitucional; es decir, que de la demanda y los recaudos acompañados aparezcan sin duda alguna la pertinencia del auxilio jurisdiccional para reponer las cosas al estado anterior de la situación viciada de inconstitucionalidad, ya sea por acción u omisión de un funcionario o particular

En este caso queda claro que no existe amenaza de irreparabilidad ni existe juicio indubitables que permita aseverar que la demandada ha sido violentada en alguno de sus derechos constitucionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por las consideraciones expuestas la jurisprudencia del Tribunal sobre la materia, se ha inclinado por declarar fundada la demanda; empero no ha sido usual que opte - por la razones que justificaban su decisión sobre el fondo - para fallar por su desestimación por infundada.

Mi voto es en el sentido que debe anularse todo lo actuado en este proceso desde fojas 76, ordenarse la admisión a trámite y pronunciamiento sobre el fondo del petitorio y cautelares presentadas por parte del juez de primera instancia.

S.

GARCÍA TOMA

FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO

1.- La recurrente en su escrito N° 1 ante el TC solicita que éste dicte medida cautelar reponiéndola de inmediato en sus funciones congresales, al haberse hecho realidad la amenaza a sus derechos fundamentales por parte de los demandados.

En su escrito N° 3 explica que el día 25 de junio de 2002, estando internada en un hospital por razones de salud, y sin ejercer su derecho de defensa, se dabatió en el pleno del Congreso un pedido de acusación constitucional contra ella y se le suspendió en sus funciones congresales.

2.- La sentencia recurrida estima que habiéndose consumado el proceso y la suspensión, existe irreparabilidad en la violación constitucional denunciada, y por ende “no corresponde el petitorio del restablecimiento de sus derechos como congresista”.

3.- Dos magistrados del TC han votado por declarar infundada la demanda de amparo, por considerar que el estado de indefensión de la señora Martha Chávez Cossio de Ocampo ante el Congreso se debió a los propios actos de dicha señora, es decir, reconocen que hubo indefensión en el proceso, pero imputable a la afectada, y no a los demandados.

4.- El tercer magistrado conformante de la Sala, magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, en voto discordante, opina que debe declararse nula la sentencia recurrida, nula la apelada, y nulo todo lo actuado, por no haber especificado la actora, en su escrito de demanda, los nombres de cada uno de los miembros del Consejo Directivo del Congreso de la República a quienes denuncia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5.- El cuarto magistrado interviniente, doctor Victor García Toma, en voto discordante, opina que debe anularse lo actuado en el proceso constitucional, pues no hay irreparabilidad y no debió rechazarse la demanda liminarmente.

6.- Mi opinión, respecto a la irreparabilidad del daño que se esgrime en la sentencia recurrida, es que tal irreparabilidad no existe. La conversión de una amenaza en hecho cierto no significa que el hecho cierto –la suspensión- sea necesariamente irreparable. En el caso de autos, la suspensión en el cargo de congresista sí es reparable, con una declaración de invalidez de la Resolución del Congreso que la ordenó.

7.- En cuanto al rechazo liminar en las instancias inferiores, considero que no debió producirse.

La actora alega vulneración a su derecho de defensa por parte del Congreso, y es necesario analizar si los congresistas, en su función investigadora, se encuentran o no sometidos -y hasta qué límite- a las reglas que la Constitución y los Tratados Internacionales establecen para un “debido proceso” en el ámbito judicial. A partir de ese análisis se debió determinar si se vulneró o no el derecho constitucional de la actora a defenderse, para proceder a fallar en congruencia.

Habiéndose ocasionado en este proceso una demora injustificable jurídicamente –al considerar irreparable el daño y no haber resuelto el fondo del asunto- debe aplicarse el artículo 11° de la Ley N° 23506 y exhortar a los magistrados a fin que sentencien esta causa en el más breve plazo.

Mi voto es pues, porque se declare nula la recurrida, insubsistente la apelada y nulo lo actuado desde fojas 76, debiendo ordenarse que se admita la demanda, se corra traslado de ella a las partes emplazadas y se tramite conforme a ley, con la aplicación del artículo 11° de la Ley N° 23506.

S

REVOREDO MARSANO

FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA

Llamado para conocer, en calidad de dirimente, en esta causa, en la que se necesitan tres (03) votos conformes en el sentido y contenido del FALLO (parte dispositiva de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

sentencia) para formar resolución; observo que se han emitido, hasta este momento, cinco (05) votos, dos (02) de los cuales concuerdan, plenamente, en sus fundamentos, contenido y FALLO; mientras que los otros tres (03) concuerdan —todos— en un punto esencial, aunque uno de ellos discrepa, respecto del FALLO, en un detalle menor. Estimo, por consiguiente, que ya hay resolución en la medida en que, en lo medular, existe acuerdo en estos tres votos, si bien no lo hay, en uno de ellos, en el extremo adjetivo de su discrepancia.

En efecto, los tres votos coinciden en considerar nulo el auto judicial inicial que rechaza, de plano, esto es, *in limine*, la demanda, y que luego, al ser confirmado por la recurrida, conduce inexorablemente, a juicio de esos tres magistrados, a la nulidad de todo lo actuado, a partir, precisamente, de dicho auto judicial, razón por la cual las tres opiniones concuerdan en declarar nulo todo lo actuado y en ordenar la expedición de un nuevo auto judicial subsanatorio.

La susodicha discrepancia consiste en que, mientras dos de esos votos ordenan que la subsanación se efectúe mediante la emisión de un auto judicial que, admitiendo la demanda a trámite, disponga la notificación de la misma a los demandados, dejando formada la relación jurídico-procesal y poniendo, así, en marcha regular al proceso; el tercer voto estima que, previamente, la demandante debe individualizar, con sus nombres y apellidos, a los integrantes del llamado Consejo Directivo del Congreso de la República, los mismos que, conjuntamente con el Presidente del Congreso, son los demandados en autos, pero a quienes no se ha identificado en la demanda. Consecuentemente, lo que ordena este voto es que el Juez de la causa emita un nuevo auto, disponiendo que la demandante, subsanando tal omisión, precise la identidad de cada uno de los demandados que integran dicho Consejo Directivo.

Ahora bien, puesto que cuando el Juez ordena la subsanación de omisiones o defectos de la demanda, lo hace para dejarla expedita para su admisión y correspondiente notificación; procede deducir, sin lugar a duda alguna, que este tercer voto sólo discrepa de los otros dos en un elemento adjetivo, pues de su tenor se colige que él también considera admisible y tramitable la demanda, pero siempre que, previamente, se subsane la omisión señalada. Tal es, por lo demás, el sentido del inciso 4) del artículo 426° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente.

La dirimencia que me corresponde se reduce, entonces, a apoyar, de los tres (03) votos coincidentes en lo principal, ya sea a los dos concordantes en que debe notificarse la demanda, tal cual; ya sea al que exige que, antes de notificarse, se subsane la omisión glosada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto de este punto, estimo que no cabe que el Juez supedite la notificación a la precisión de las identidades de todos los demandados, toda vez que en el QUINTO OTROSI DIGO de la demanda se explica por qué, dadas las circunstancias del caso, ello no era, al momento de su presentación, factible. Consecuentemente, no compartiendo la exigencia correspondiente —pues nadie está obligado a hacer lo imposible— sumo mi opinión dirimente a la de los otros dos votos, de modo que, anulado lo actuado, incluyéndose el auto judicial inicial, quede abierta la vía para la emisión del auto admisorio y la notificación de la demanda, tal cual ha sido presentada, y sin subsanación ni adición alguna.

SR.

Al. Guirre Roca
AGUIRRE ROCA

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica;

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo de autos; y, **REFORMÁNDOLA**, declara nula la recurrida, insubsistente la apelada y nulo lo actuado desde fojas 76, y ordena al Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que admita la demanda y se tramite conforme a ley.

SS.

Al. Guirre Roca
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GARCÍA TOMA

[Firma]
Lo que certifico:

[Firma]
Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (e)

VOTOS SINGULARES DE LOS MAGISTRADOS ALVA ORLANDINI Y GONZALES OJEDA

FUNDAMENTOS

1. Aunque no se ha precisado con claridad cuál es el objeto de la demanda, de ésta es posible advertir que su objeto es que se ordene al Congreso de la República a cumplir el Reglamento y, dado que mediante la Resolución Legislativa N°. 018-2001-CR ya se le suspendió en el ejercicio de su mandato parlamentario, que se deje sin efecto dicha resolución, por considerar que su expedición viola el derecho de defensa.



IBUNAL CONSTITUCIONAL

Tanto la recurrida como la apelada desestiman la pretensión porque consideran que la amenaza, que inicialmente se cuestionara mediante la presente acción de amparo, se ha materializado a través de un acto positivo (la Resolución Legislativa N°. 018-2001-CR, que ha dispuesto suspender a la recurrente del ejercicio de sus funciones de Congresista de la República), tornándose así en irreparable.

2. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio, esencialmente, por 2 razones. En primer lugar, no es del todo exacto que la materialización de una amenaza en un acto real y concreto convierta a ésta en irreparable. La irreparabilidad a la que se refiere el inciso 1) del artículo 6° de la Ley N°. 23506 debe interpretarse de cara al objeto del proceso, que, como recuerda el artículo 1° de la misma Ley N°. 23506, es volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional. Es decir, no cabrá un pronunciamiento sobre el fondo si los efectos del acto reclamado ya no pueden ser retrotraídos en el tiempo, ya sea por imposibilidad jurídica o por imposibilidad material.

En segundo lugar, el hecho de que una amenaza devenga con el tiempo en un acto positivo, no es impedimento para que sea objeto de control mediante los procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales. El amparo, señala el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución, es un proceso que protege derechos constitucionales tanto derivados de actos como de amenazas. De manera tal, que si una amenaza devino en un acto concreto, el Juez del Amparo está en la obligación de evaluar si este último lesiona o no los derechos constitucionales invocados.

3. Como se ha expuesto en el primer fundamento de esta sentencia, uno de los extremos de la pretensión está dirigido a que se disponga el cumplimiento o “respeto de los derechos que (le) concede el Reglamento del Congreso de la República”. Como se infiere de la demanda, ese respeto de los derechos establecidos por el Reglamento del Congreso de la República, básicamente estarían vinculados a que se le otorgue el permiso médico que en su momento solicitó la recurrente.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que a través del amparo se protegen derechos constitucionales, es decir, derechos reconocidos directamente en la Constitución Política del Perú y no derechos que se hayan establecido en normas con rango de ley, como el Reglamento del Congreso.

En segundo lugar, ha de indicarse que, conforme este Tribunal ha corroborado en el acto de audiencia pública –al escuchar el informe oral de parte de la misma recurrente-, a la fecha ésta se encuentra restablecida de salud, motivo por el cual, sin ingresar a evaluar si el permiso por descanso médico forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la protección de la salud, este Colegiado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

considera que es de aplicación el inciso 1) del artículo 6° de la Ley N°. 23506, toda vez que respecto de este extremo de la pretensión ha operado la sustracción de la materia.

4. Finalmente, alega la recurrente que el Congreso de la República habría lesionado su derecho de defensa como consecuencia de haberse expedido la Resolución Legislativa N°. 018-2001-CR sin concederle la oportunidad de defenderse personalmente y porque se le “sometió indebidamente a un proceso de antejuicio constitucional y se (le) acusó y suspendió por hechos constitutivos y tipificados como delito de receptación, que en el supuesto negado de haber sido cometido no constituye delito de función...”.

Asimismo, agrega que “La razón que subyace a todo esto no es sino el deseo que linda en la desesperación de apartarme de mis funciones parlamentarias puesto que ya tienen decidido sancionarme en base al dicho de Vladimiro Montesinos y el de su cómplice confesa, la ciudadana Matilde Pinchi Pinchi, de haber recibido US \$ 20,000 para mi campaña electoral del año 2000”.

Al respecto, antes de pronunciarse sobre la pretendida afectación al derecho de defensa, es necesario señalar que tales hechos, los mismos que, actualmente son materia de proceso penal ante la Corte Suprema de la República, constituyen supuestos tipificados como delito en nuestra legislación por lo que merecen ser investigados, no sólo a título de receptación sino que incluso podrían configurar injustos penales tipificados en la Ley Orgánica de Elecciones. Asimismo, el Congreso de la República está facultado para imponer a los congresistas, sanciones tales como la suspensión.

5. El derecho de defensa, como ya lo ha sostenido este Tribunal, se extiende no sólo al ámbito del proceso judicial, sino también a sede administrativa, *legislativa* y corporativa privada. Así lo ha establecido, por ejemplo, en el Caso Carlos Ramos [Exp. N°. 2050-2002-AA/TC], siguiendo lo que en su momento sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Cuando la Convención [Americana de Derechos Humanos] se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, *legislativa* o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas” (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).
6. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación donde se encuentre en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios legales para su defensa produce un estado de indefensión reprochada por el derecho. Esta es constitucionalmente relevante cuando aquella indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional español, ésta se produce “únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado” (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano u ente al que se reputa la comisión del agravio.

De ahí que no exista violación del derecho de defensa si el estado de indefensión se ha generado por una acción u omisión imputable al afectado. La dimensión constitucional del derecho de defensa exige, pues, que el interesado haya actuado con “la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí misma en tal situación, o quien no hubiese quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible” (STC 210/1996). En este sentido, no existe una infracción al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa –y, por tanto, no se genera una indefensión reproachable– en tanto el afectado contó con la posibilidad de pese a existir una posibilidad de defenderse.

7. En el caso, la recurrente alega que ese estado de indefensión se habría generado porque el Congreso de la República, pese a encontrarse mal de salud, no sólo no le concedió el permiso médico correspondiente, sino que además, con prescindencia de su defensa, puso al debate y decisión el informe que la acusaba constitucionalmente por la presunta comisión de un ilícito penal.

Una evaluación de los hechos ocurridos antes del 25 de junio de 2002 y el inmediatamente posterior a aquella fecha, permiten colegir a este Tribunal que, en realidad, el estado de indefensión en la que finalmente quedó postrada la recurrente, no es imputable al Congreso de la República, sino a ella misma.

En efecto, conforme se corrobora de autos, el emplazado otorgó a la recurrente en diversas oportunidades licencia por razones de salud, la última de las cuales venció el 30 de mayo de 2002, como lo indica la recurrente. En dicho lapso, el debate y decisión de la acusación constitucional, programadas para el 03 de abril de 2002 y para el 07 de mayo de 2002, no se llevaron a cabo, toda vez que la recurrente se encontraba con licencia de salud.

No contando ya con una licencia de salud vigente, la recurrente fue citada para el día 04 de junio de 2002 y, suspendida la sesión, por la muerte del Ex-Presidente Fernando



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Belaunde Terry, nuevamente se le volvió a citar para el 18 de junio de 2002. Un día antes, sin embargo, la recurrente se internó en un nosocomio médico, y el mismo día en que se había programado la sesión para el debate y decisión en torno a la acusación constitucional en su contra, presentó una nueva solicitud para que se le concediera una licencia por razones de salud, hasta el 21 de junio de 2002.

El día 20 de junio de 2002, mediante Oficio N°. 449-2002-OM-CR se le vuelve a citar para el 25 de junio de 2002, por lo que el día 21 de junio de 2002, solicita se le conceda licencia hasta el 28 del mismo mes y año. Un día antes de que se realice la sesión, esto es, el 24 de junio de 2002, la recurrente, por un lado, solicita se declare la nulidad del acuerdo comunicado mediante el Oficio N°. 449-2002-OM-CR, según el cual no se le había concedido el permiso solicitado hasta el 21 de junio de 2002; y, de otro, comunica que no le será posible asistir a la sesión convocada para el 25 de junio de 2002, por encontrarse delicada de salud.

Finalmente, un día antes de que se realizara la sesión programada, la recurrente presenta su demanda de amparo.

8. En todos estos sucesos, se advierte, en primer lugar, que la demandante no contaba con licencia de salud para justificar su inasistencia a la sesión donde se ventiló finalmente la acusación constitucional que pesaba en su contra. En segundo término, que los internamientos sucesivos, previos a la realización de la sesión en el Congreso de la República, así como las solicitudes de renovación de licencia por salud, se realizaron coincidentemente después que había sido informada de las fechas programadas para la realización de la sesión en el Pleno del Congreso de la República: Así, por ejemplo, el internamiento del 17 de junio de 2002, cuando se había señalado la sesión para el 18 de junio; la solicitud de licencia hasta el 28 de junio de 2002, después de haber sido informada que la sesión donde se ventilaría la acusación constitucional en su contra se había programado para el 25 de junio de 2002.

Si a ello se suma que, no obstante haber alegado que el estado de salud en la que se encontraba le impedía ejercer su derecho de defensa en el Congreso de la República, un día antes a la realización de la sesión del Pleno del 25 de junio de 2002, esto es, el 24 del mismo mes y año, sí pudo elaborar y presentar su demanda de amparo (22 folios), es decir, promover su defensa en sede de la justicia constitucional.

Aunque evidentemente lo anterior no signifique un reproche jurídico que este Tribunal pueda formular a la recurrente, tal conducta no puede obviarse al momento de evaluar si la indefensión en la que quedó en la sesión del 25 de junio del 2002 ante el Pleno del Congreso de la República es imputable al órgano emplazado o, acaso, a la misma recurrente por “no haber actuado con la diligencia razonablemente exigible” a la que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

antes se ha hecho referencia (Fund. Jur. N°. 6). Por ello, sopesadas los hechos, circunstancias y razones expuestos antes y glosadas también en el fundamento anterior, se considera que el no ejercicio del derecho de defensa en la sesión del Congreso de la República el día 05 de junio de 2002 no constituye una violación de dicho derecho por parte del órgano constitucional emplazado, más aún si “pese a existir una posibilidad de defenderse en términos reales o efectivos”, como pudo ser ejercer su defensa por medios escritos o por medio de la designación de un abogado defensor, la recurrente no lo realizó.

Por estos fundamentos, los magistrados que suscriben votan por **REVOCAR** la recurrida que confirmando la apelada declaró improcedente la acción de amparo de autos; **REFORMÁNDOLA** se la declare **INFUNDADA**.

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALEZ ORLANDINI

Dr. VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN
SECRETARIO RELATOR (a)

FUNDAMENTOS

Conforme aparece de la demanda de fojas cincuenticuatro, la acción de amparo está dirigida contra el Presidente del Congreso de la República, Congresista Carlos Ferrero Costa, así como contra los miembros del Consejo Directivo del Congreso de la República, todos ellos con domicilio en la sede del Palacio Legislativo; emplazamiento que es reiterado en el Quinto Otrosí de su demanda que corre a fojas setenticuatro donde solicita que la acción se entienda -refiriéndose al Consejo Directivo- con sus miembros titulares o suplentes, sin que en ninguna parte se señale con precisión el nombre de cada uno de los miembros del Consejo Directivo que emplaza y a los que se refiere en conjunto en diversas partes de su demanda.

Como se puede advertir de lo anterior esta grave omisión vicia el procedimiento al no individualizarse el nombre de cada demandado, por lo que el Juez de la causa debe notificar a la demandante para que subsane esta omisión: **MI VOTO** es porque se declare nula la sentencia recurrida de fojas ciento uno, su fecha cuatro de noviembre del año 2002, nula la apelada de fojas ochentiséis, fechada el 26 de junio del mismo año y nulo todo lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

actuado; debiendo procederse de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.-

S.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)